

Schlechterfüllung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber

von

Ingeborg Thewalt
aus Berlin

1960

Schlichtungsbüro der Arbeiter
gegenüber den Arbeitgebern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Vorgelegt von

Maximilian Tschall

aus Berlin

Approbiert am 7. Dezember 1900

Schlechterfüllung des Arbeitnehmers
gegenüber dem Arbeitgeber

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen



vorgelegt von
Ingeborg Thewalt
aus Berlin

Approbiert am: 1. Dezember 1960



Referent: Professor Dr. Ludwig Schnorr von Carolsfeld

Dekan: Professor Dr. Ludwig Schnorr von Carolsfeld

Inhaltsübersicht

Seite

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

E i n f ü h r u n g

1. Thema der Abhandlung	1
2. Begriff der Schlechterfüllung und Abgrenzung zu den restlichen Leistungsstörungen	1
3. Überleitung zur eigentlichen Abhandlung	3

H a u p t t e i l

§ 1 Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitnehmer	4
1. Allgemeine Definition	4
2. Zusammenstellung der Pflichten des Arbeitnehmers	4
a) Arbeitspflicht	5
aa) Bestimmung der Arbeitspflicht durch Vertrag	6
ab) Bestimmung der Einzelheiten der Arbeitspflicht durch das Direktionsrecht	6

	Seite
b) Treupflicht	8
ba) Grundlage der Treupflicht	9
bb) Inhalt und Umfang der Treupflicht	9
c) Pflicht zur Beachtung der Ordnungsvorschriften	11
3. Abgrenzung der Pflichten des Arbeitnehmers in Haupt- und Nebenpflichten	12
a) Arbeitspflicht - Hauptpflicht	12
b) Pflicht zur Beachtung der Ordnungsvorschriften - Nebenpflicht	12
c) Treupflicht - Nebenpflicht	12
4. Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages und Abgrenzung gegenüber den restlichen Leistungsstörungen	14
§ 2 Rechtsfolgen der Schlechterfüllung des Arbeitnehmers	16
A. Allgemeine Erläuterungen	16
1. Haftungsgrundlage der Schlechterfüllung bei Verletzung eines schuldrechtlichen Vertrages	16
2. Rechtsfolgen der Schlechterfüllung eines schuldrechtlichen Vertrages	17
3. Anwendbarkeit dieser allgemeinen Grundsätze auf den Arbeitsvertrag	18

	Seite
B. Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers bei Schlechtleistung	19
I. Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers	20
1. Rechtswidrigkeit	20
a) Frühere Meinung Schnorr von Carolsfelds	21
b) Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund	21
2. Verschulden	24
a) Vorsatz	25
b) Fahrlässigkeit	26
ba) objektiver Sorgfaltsbegriff?	29
bb) Einführung eines arbeitsrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriffes?	34
bba) L A G S t u t t g a r t	34
bbb) S t e i n d o r f f	38
bbc) S c h e u e r l e	39
bbd) B e l o w	40
bc) Zusammenfassung	41
3. Eintritt eines Schadens	43
II. Möglichkeiten zur Herabsetzung des Umfangs der Haftung des ArbNs trotz Verschulden	44
1. Mitverschulden des ArbGs	44

	Seite
2. Schadensausgleich	46
a) Was ist Schadensausgleich?	47
b) Rechtliche Begründung des Schadensausgleichs	48
ba) Überblick über die verschiedenen Begründungen	49
bb) Veranlassung einer Interessengefährdung durch den Arbeitgeber	52
bba) Begründet diese Veranlassung eine Verpflichtung zur Mittragung des Schadens?	53
bbb) Anrechnung des Veranlassens der Gefährdung eigener Interessen	55
bc) Zusammenfassung	56
c) Wann findet ein Schadensausgleich statt?	58
ca) Automatischer Eintritt des Schadensausgleichs?	58
cb) Voraussetzungen für die Möglichkeit eines Schadensausgleichs	61
cba) Objektiv-gefahrengeeignete Arbeit	61
cbb) Subjektive Voraussetzung - Fahrlässigkeit	68
cc) Tatsächlicher Eintritt des Schadensausgleichs	71
cd) Zusammenfassung	72
d) Umfang des Schadensausgleichs	72
da) Möglicher Umfang des Schadensausgleichs	73
db) Welche Umstände sind für den tatsächlichen Umfang des Schadensausgleichs massgebend?	74

	Seite
dc) Zusammenfassung	76
III. Art und Umfang des Ersatzanspruches des Arbeitgebers	77
1. Umfang des Ersatzanspruches des Ar- beitgebers	77
2. Art und Weise der Ersatzleistung	81
a) Naturalherstellung	81
aa) Ersatz für eine schlechte Arbeit	81
ab) Ersatz der Folgen der schlech- ten Arbeit	83
b) Ersatz in Geld	84
ba) Befriedigung durch Vermögen	
bb) Befriedigung durch Lohn	85
bba) Aufrechnung	85
bbb) Lohnzurückbehaltung	87
bbc) Lohneinbehaltung	89
bbd) Lohnverwirkung	91
IV. Beweislast	93
C. Lohnminderung	95
D. Entlassung eines schlechtleistenden Arbeit- nehmers	97
I. Ordentliche Kündigung eines schlechtlei- stenden Arbeitnehmers	97

	Seite
1. Kündigung eines dem KSchG n i c h t unterfallenden Arbeitnehmers	98
2. Kündigung eines dem KSchG u n t e r - f a l l e n d e n Arbeitnehmers	98
a) Sozial gerechtfertigt	99
b) Wann ist die Kündigung des schlechtleistenden Arbeitneh- mers gerechtfertigt?	100
II. Ausserordentliche Kündigung	104
1. Wichtiger Grund	105
2. Wann ist die Weiterbeschäftigung eines schlechtleistenden ArbNs un- zumutbar?	106
III. Auswirkungen der Kündigung auf die Lohnzahlung	109
IV. Zusammenfassung	109
S c h l u s s	111

Literaturverzeichnis

- B e l o w Karl-Heinz, "Die mangelhafte Arbeitsleistung in Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer", in: Festschrift für Heinrich Lehmann, II. Band 1956
- B i n d o k a t Hein, "Mehrerlei Unrecht?", in: JZ 58, S.553 ff.
- B l o m e y e r Arwed, Allgemeines Schuldrecht, 2.Auflage, Berlin und Frankfurt 1957
- B o b r o w s k i - G a u l, Das Arbeitsrecht im Betrieb, 3.Auflage, Heidelberg 1959
- "Kündigung wegen Schlechtleistung, in: DB 55, S.265 ff.
- B ö t t i c h e r Eduard, "Vertragstheorie und Eingliederungstheorie", in: RdA 55, S.321 ff.
- v o n B r u n n J.N., "Zur Schadenersatzpflicht im modernen Industrierecht", in: NJW 51, S.103 ff.
- B u t z Hans, "Schadenshaftung des Arbeitnehmers", in: DB 50, S.614
- D a h n s "Gefahrbehaftete Arbeit", in: DB 56, S.869 ff.
- D e n e c k e Johannes, "Die Frage der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers", in: RdA 52, S.209 ff.
- §§ 611 ff., in: RGR Kommentar, 10.Auflage, Berlin 1953
- §§ 611 ff., in: RGR Kommentar, 11.Auflage, Berlin 1959

- D e r s c h Hermann, "Arbeitnehmerhaftung bei gefahrbehafteter Arbeit", in: BB 56, S.501 ff.
- "Entwicklungstendenzen im Arbeitsrecht unter Abweichung vom BGB", in: RdA 58, S.441 ff.
- "Haftung des Arbeitnehmers", in: ARBlattei, Haftung I
- "Beschränkung vereinbarter Lohneingriffe", in: ARBlattei, Lohnsicherung IV
- "Der Begriff 'Arbeitnehmer'", in: ARBlattei
- "Gesetzliche Beschränkung einseitiger Lohneingriffe", in: ARBlattei, Lohnsicherung V
- E n n e c c e r u s - L e h m a n n Recht der Schuldverhältnisse, 14. Bearbeitung, Tübingen 1954
- E n n e c c e r u s - N i p p e r d e y Allgemeiner Teil des BGB, 15. Bearbeitung, Tübingen 1959
- E r m a n Handkommentar zum BGB, 2.Auflage, Münster/Westf. 1958
- E s s e r Josef, Lehrbuch des Schuldrechts, 2.Auflage, Karlsruhe 1960
- F r e y Erich, "Die Beschränkung der Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers", in: AuR 53, S.7 ff.
- "Allgemeines zur Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers bei Schlechterfüllung", in: BB 59, S.1106 ff.
- "Die unzureichende Arbeitsleistung (Schlechterfüllung) als Gegenstand der Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers", in: BB 60, S.411 ff.

- F r e y Erich, Besprechung des Urteils des BAG vom 19.3.1959, in: AuR 60, S.411
- G a l p e r i n Hans, "Das Weisungsrecht des Arbeitgebers", in: DB 52, S.186 ff.
- "Haftung des Arbeitnehmers bei positiver Vertragsverletzung, insbesondere in Fällen der schadengeneigten Arbeit", in: ARBlattei, Haftung III
- G a u l Dieter, "Zur Haftung der Arbeitnehmer bei schadensgeneigter Arbeit", in: DB 58, S.1011 ff.
- Die Arbeitsbewertung in ihrer rechtlichen Bedeutung, 2.Auflage, Kassel 1957
- G r a m m Hans, "Tarifliche Ein- und Umgruppierung", in: ARBlattei, Tarifliche Eingliederung I
- G r o s "Das Recht der Akkordarbeiter", in: ARBlattei
- G r u b "Schadenersatz im Arbeitsrecht", in: ARBlattei
- G u m p e r t Jobst, "Wann muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Schadenersatzpflicht gegenüber Dritten freistellen", in: BB 55, S.480 ff.
- "Die gefahrgeneigte Arbeit in der Rechtsprechung", in: BB 58, S.740 ff.
- H a b e r k o r n H., "Haftung für den fahrlässig verursachten Arbeitsunfall des Arbeitskameraden bei gefahrgeneigter Arbeit", in: BetrVerf 58, S.221
- H a a g e r Karl, §§ 823 - 831, in: RGR Kommentar, 11.Auflage, Berlin 1960
- H e r s c h e l - S t e i n m a n n, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 4.Auflage, Heidelberg 1958

- H i m m e l s c h e i n J., "Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen", in: AcP 135, S.255 ff.
- "Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung", in: AcP 158, S. 273 ff.
- H u b m a n n Heinrich, "Grundsätze über den Interessenausgleich", in: AcP 155, S. 85 ff.
- H u e c k Alfred, "Vertragstheorie und Eingliederungstheorie", in: RdA 55, S. 323 ff.
- Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München 1947
- Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 3. Auflage, München - Berlin 1954
- H u e c k Götz, "Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht", München - Berlin 1958
- H u e c k - N i p p e r d e y , Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Band, 6. Auflage, Berlin 1959
- Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, 3. Auflage, München und Berlin 1955
- J a e r i s c h "Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers bei Ausschussleistung", in: DB 53, S. 1059 ff.
- K a s k e l - D e r s c h , Arbeitsrecht, 5. Auflage, Springer-Verlag 1957
- K i p p Th., "Das Reichsgericht und die positive Vertragsverletzung", in: DJZ 1903, S. 253 ff.
- K ö s t Ewald, "Die Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Lohnforderungen", in: BB 54, S. 688 ff.

- Landmann - Rohmer, Eyermann - Fröhler, Kommentar zur Gewerbeordnung, II. Band, 11. Auflage, München und Berlin 1956
- Larenz Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, I. Band, 4. Auflage, München und Berlin 1960
- Lehmann Heinrich, "Die positiven Vertragsverletzungen", in: AcP 96, S. 60 ff.
- Leydhecker "Das Weisungsrecht des Arbeitgebers", in: BlStSozArbR 57, S.251 ff.
- Maurach Reinhart, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Karlsruhe 1959
- Maus Wilhelm, Das Recht des Arbeitsvertrages, Minden/Westf. 1947
- Handbuch des Arbeitsrechts, Frankfurt 1953
- May Erich, "Das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfertigungsgrund", in: NJW 58, S. 1262
- Meinert N., "Zur Frage der Haftung bei schadensgeneigter Arbeit unter Berücksichtigung der Gefährdungshaftung", in: DB 58, S. 1328 ff.
- Meissinger "Die Treupflicht im Arbeitsrecht", in: ARBlattei
- Molitor Erich, "Grundlagen und Grenzen des Weisungsrechts", in: RdA 59, S. 2 ff.
- "Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers", in: ARBlattei
- Niese Werner, "Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht", in: JZ 56, S. 457 ff.

- N i k i s c h Arthur, Arbeitsrecht, I. Band,
2. Auflage, Tübingen 1955
- "Der Anstellungsvertrag", in:
Iherings Jahrbücher, Band 80,
S. 1 ff.
- "Das Direktionsrecht und seine
Grenzen", in: BB 50, S. 538 ff.
- N i p p e r d e y Hans - Carl, "Rechtswidrigkeit,
Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit,
Schuld im Zivilrecht", in: NJW 57,
S. 1777 ff.
- Die Ersatzansprüche für die Schäden,
die durch den von den Gewerkschaften
gegen das geplante Betriebsverfas-
sungsgesetz geführten Zeitungsstreik
vom 27. - 29.5.52 entstanden sind,
Köln 1953
- O e h m a n n "Direktionsrecht und Gehorsams-
pflicht", in: ARBlattei
- P a l a n d t Kommentar zum bürgerlichen Recht,
9. Auflage, München und Berlin 1951
- Kommentar zum bürgerlichen Recht,
20. Auflage, München und Berlin
1960
- P a l m e A., "Die Rechtsfolgen der Schlecht-
leistung des Arbeitnehmers", in:
BlStSozArbR 57, S. 27 ff.
- R a a p e Leo, "Beweislast bei positiver Vertrags-
verletzung", in: AcP 147, S. 217 ff.
- R a m m Thilo, "Die Anfechtung des Arbeits-
vertrages", Karlsruhe 1955
- R e h h a h n Hans, "Aequivalenzprinzip und Lei-
stungszulagen", in: AuR 56, S. 37
ff.
- R e w o l l e Hans-Dietrich, "Verschulden im Ar-
beitsverhältnis", in: DB 52, S. 166
ff.

- R i c h t e r N., "Schuld im Zivilrecht", in: NJW 58, S. 1171
- R o e s c h H., "Die Haftpflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber", in: B1StSozArbR 50, S. 249 ff.
- R o s e n b e r g Leo, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 8. Auflage, München und Berlin 1960
- S c h a t t e r "Die Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Lohnforderungen aus dem Arbeitsvertrag", in: AuR 53, S. 50 ff.
- S c h e u e r l e "Der Arbeitsrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff und das Problem des innerbetrieblichen Schadensausgleichs", in: RdA 58, S. 247 ff.
- S c h l e g e l b e r g e r - V o g e l s , Erläuterungswerk zum BGB, Berlin 1939
- S c h l e g e l b e r g e r , Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt 1955
- S c h m i d t R., "Praktisch wichtige Auswirkungen der neuen Schuldtheorie im Zivilrecht", in: NJW 58, S. 488 ff.
- S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , Ludwig, Arbeitsrecht, 2. Auflage, Göttingen 1954
- "Probleme des internationalen Arbeitsrechts", in: RdA 58, S. 201 ff.
- "Die rechtlichen Grundsätze des Lehrlingsproblems", in: RdA 59, S. 206 ff.
- Besprechung des Buches von Thilo Ramm: Die Anfechtung des Arbeitsvertrages, in: AcP 156, 467 ff.

- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig,
Besprechung des Buches von Heinrich Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht, in: KritVj. f. Gesetzgebung N.F. Bd. 29, S. 91 ff.

Besprechung des Urteils des BGH vom 5.12.58, in: ZgGenW 60, S. 58
- Siber
Heinrich, Grundriss des deutschen bürgerlichen Rechts, Schuldrecht, Leipzig 1931
- Sitzler
"Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis", in: ARBlattei, Arbeitsrecht, Übersicht VII A
- Staub
Hermann, Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1913
- Staudinger - Nipperdey, Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil, 11. Auflage, Berlin 1958
- Steindorff
Ernst, "Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers," in: JZ 59, S. 1 ff.
- Stoll
Heinrich, "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung", in: AcP 136, S. 257 ff.

Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen 1936
- Stoll
Hans, "Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens", in: JZ 58, S. 137, ff.
- Titze
Heinrich, "Das kaufmännische Hilfspersonal", in: Ehrenberg Handbuch des gesamten Handelsrechts, II. Band, Leipzig 1918, S. 545 ff.
- Wichner
Reinhard, "Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung", in: AcP 158, S. 297 ff.
- Weidner
Peter, "Die Haftung bei schadensgeneigter Arbeit", in: BetrVerf 56, S. 147 ff.

- W e l z e l Hans, Das deutsche Strafrecht,
7. Auflage, Berlin 1960
- W i e a c k e r Franz, "Rechtswidrigkeit und
Fahrlässigkeit im bürgerlichen
Recht", in JZ 57, S. 535 ff.
- W u s s o w Werner, "Zur Lehre von der So-
zialadäquanz", in: NJW 58, S.
891 ff.
- Z i t t e l m a n n Ernst, Nichterfüllung und Schlecht-
erfüllung; Selbstmahnung des
Schuldners, zwei Beiträge zum
Schuldrecht, Berlin 1911

Abkürzungsverzeichnis der benutzten Zeitschriften
und Sammlungen

AcP	Archiv für civilistische Praxis
AMBl	Amtsblatt des Bayerischen Staatsministeriums für Arbeit und soziale Fürsorge
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ARBlattei	Arbeitsrechtliche Blattei
ARS	Arbeitsrechtssammlung
ARSt	Arbeitsrecht in Stichworten
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebsberater
BetrVerf	Die Betriebsverfassung
BlStSozArbR	Blätter für Steuer-, Sozial- und Arbeitsrecht
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DB	Der Betrieb
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
JZ	Juristenzeitung
KritVj.f. Gesetzgebung	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung
MDR	Monatsschrift des deutschen Rechts
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RdA	Recht der Arbeit
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Samml.Arbeitsr. Entsch.	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ZgGenW	Zeitung für Genossenschaftswesen

Sonstige Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
Anm.	Anmerkung
ArbG	Arbeitgeber
ArbG ...	Arbeitsgericht ...
ArbN	Arbeitnehmer
ArbNERfG	Gesetz über Arbeitnehmererfindungen
AZO	Arbeitszeitordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BO	Betriebsordnung
BV	Betriebsvereinbarung
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
PatG	Patentgesetz
RAG	Reichsarbeitsgericht
RG	Reichsgericht
StGB	Strafgesetzbuch
TO	Tarifordnung
TV	Tarifvertrag
TVG	Tarifvertragsgesetz
UnlWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
VVG	Versicherungs Vertrags Gesetz

E i n f ü h r u n g

1. Der ArbN kann einen Arbeitsvertrag auf verschiedene Art und Weise verletzen, und zwar durch Nichtleistung - in der Form der Unmöglichkeit und des Verzuges - oder aber durch positive Forderungsverletzung. Die Fälle der positiven Forderungsverletzung lassen sich ebenfalls nach verschiedenen Tatbeständen unterteilen, einer davon ist die Schlechterfüllung.

Gegenstand der folgenden Untersuchung soll die Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages durch den ArbN gegenüber dem ArbG mit den sich für den ArbN daraus im Verhältnis zum ArbG ergebenden Folgen sein.

2. Da ganz allgemein Meinungsverschiedenheit darüber besteht, welche Pflichtverletzungen unter den Begriff der Schlechterfüllung fallen, ist vor Beginn der eigentlichen Untersuchung kurz darzulegen, welche Leistungsstörungen im Rahmen dieser Abhandlung als Schlechterfüllung bezeichnet werden und wie sie gegenüber den restlichen Pflichtverletzungen abgegrenzt werden können.

Slechterfüllung oder auch Schlechtleistung sind die Fälle, in denen der Schuldner seine Leistung zwar erbringt, diese aber nicht einwandfrei ist und so dem Gläubiger Schaden erwächst,¹⁾ also alle die Fälle, in denen der Schuldner sei-

1) So wie hier z.B. L a r e n z Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, I.Band, 4.Auflage, München und Berlin 1960, S.235; B l o m e y e r Arwed, Allgemeines Schuldrecht, 2.Auflage, Berlin und Frankfurt 1957, S.175; E s s e r Josef, Lehrbuch des Schuldrechts, 2.Auflage, Karlsruhe 1960, S.344; Erman - G r o e p e r, Handkommentar zum BGB, 2.Auflage, Münster 1958, § 276 Anm. 7b; a.A. E n n e c c e r u s - L e h m a n n ,

ner primären Leistungspflicht¹⁾ zwar nachkommt, aber die Erfüllung als solche irgendwie mangelhaft ist.

Die Abgrenzung der Schlechtleistung gegenüber den restlichen Leistungsstörungen geschieht derart, dass man zunächst prüft, ob der Schuldner in dem fraglichen Fall seiner primären Leistungspflicht nachgekommen ist oder nicht. Ist die eigentliche Erfüllungshandlung einwandfrei erbracht, so kommt eine Schlechterfüllung des Schuldners überhaupt nicht in Betracht.²⁾ Ist dagegen die eigentliche Erfüllungshandlung nicht in Ordnung, so liegt eine Schlecht-

Recht der Schuldverhältnisse, 14. Bearbeitung, Tübingen 1954, S.237; sowie Z i t e l m a n n Ernst, Nichterfüllung und Schlechterfüllung; Selbstmahnung des Schuldners, Berlin 1911, S.265 ff. (S.276); F r e y Erich: "Allgemeines zur Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers bei Schlechterfüllung, in: BB 59, S.1106 ff., die alle unter dem Begriff der positiven Forderungsverletzung zusammengefassten Fälle als Schlechterfüllung bezeichnen.

- 1) Im Gegensatz dazu stehen die sekundären Leistungspflichten, die sogenannten Verhaltenspflichten. Diese Pflichten, die auch vielfach als Schutzpflichten, (= Pflicht zum Abwenden von Schädigungen, im Gegensatz zur Leistungspflicht = Pflicht zur Verwirklichung des Leistungserfolges) bezeichnet werden - so z.B. von S t o l l Heinrich, "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung", in: AcP 136, S.257 ff. (S.262); S t o l l Heinrich: Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen 1936, S.27; S c h l e g e l b e r g e r - V o g e l s, Erläuterungswerk zum BGB, Berlin 1939, Anm.41 vor § 275; Erman - G r o e p p e r § 276 Anm.7b -, sind Pflichten, die der Schuldner neben seiner eigentlichen Erfüllungshandlung zu erbringen hat. Solche Pflichten sind z.B. die Obhuts-, Erhaltungs-, Vorbereitungs- und Auskunftspflicht. Ein Verstoss des Schuldners, lediglich gegen sie, kann niemals eine Nichterfüllung zur Folge haben, denn die primäre Leistungspflicht ist unabhängig von diesem Verstoss ordnungsgemäss erbracht und somit der Vertrag im Sinne einer möglichen Nichterfüllung erfüllt.
- 2) In diesen Fällen ist dann nur ein Verstoss gegen die sekundären Verhaltenspflichten möglich. Ein derartiger Verstoss fällt aber, wie dargelegt, im Rahmen dieser Abhandlung nicht unter den Begriff der Schlechterfüllung.

erfüllung vor, wenn die Pflichtverletzung des Schuldners weder den Tatbestand der Unmöglichkeit noch den des Verzuges erfüllt.

3. Im folgenden ist nun zu untersuchen, inwieweit diese Form der Leistungsstörung - die Schlechterfüllung - bei einem arbeitsrechtlichen Vertrag durch den ArbN auftreten kann. Im weiteren ist dann darauf einzugehen, welche Folgen sich für den ArbN an eine von ihm begangene Schlechterfüllung knüpfen können.

H a u p t t e i l

§ 1 Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitnehmer

1. Allgemeine Definition

Aus der in der Einführung gegebenen Definition dessen, was im Rahmen dieser Abhandlung unter den Begriff der Schlechterfüllung fällt, ergibt sich, das Schlechtleistung eines ArbNs dann vorliegt, wenn er die Hauptpflicht seines Arbeitsvertrages nicht einwandfrei erfüllt, die Pflichtverletzung aber weder den Tatbestand des Verzuges noch den der Unmöglichkeit erfüllt.

Im Rahmen dieser Untersuchung bleiben also die Fälle ausser Betracht, in denen der ArbN nicht leistet oder aber die, in denen seine Erfüllung als solche zwar einwandfrei ist, Der ArbN aber durch die Art der Vornahme der Erfüllung gegen sekundäre Verhaltensvorschriften des Arbeitsvertrages verstösst und so dem ArbG einen Schaden zufügt.

2. Zusammenstellung der Pflichten des Arbeitnehmers

Um die Fälle der Schlechterfüllung des ArbNs gegenüber den im Rahmen dieser Abhandlung nicht interessierenden Leistungsstörungen abgrenzen zu können, ist es zunächst erforderlich, festzustellen, welche Leistungen der ArbN auf Grund seines Arbeitsvertrages zu erbringen hat.

Im weiteren ist dann zu prüfen, welche dieser Pflichten des ArbNs Haupt- und welche Nebenpflichten sind.

Da sich die Pflichten, die ein ArbN im einzelnen zu erfüllen hat, aus dem mit ihm speziell abgeschlossenen Arbeitsvertrag¹⁾ sowie aus dessen Ergänzungen in TV und BO bestimmen, kann hier nur ganz allgemein dargelegt werden, welche Verpflichtungen sich für einen ArbN auf Grund seines Arbeitsvertrages ergeben können.²⁾

a) Arbeitspflicht

Die primäre Pflicht jedes ArbNs ist seine Verpflichtung, die Arbeitsleistung zu erbringen³⁾ (§ 611 BGB).

Das, was im Einzelfall vom ArbN als Arbeitsleistung zu erbringen ist, lässt sich nicht allgemein bestimmen, da die Einzelheiten der Arbeitspflicht sich für jedes Arbeits-

-
- 1) Vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d Ludwig, Arbeitsrecht, 2.Auflage, Göttingen 1954, S.301; H u e c k - N i p p e r d e y, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1.Band, 6.Auflage, Berlin und Frankfurt 1959, S.180; N i k i s c h Arthur, Arbeitsrecht, 1.Band, 2.Auflage, Tübingen 1955, S.218; K a s k e l - D e r s c h, 5.Auflage, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957, S.134.
 - 2) Die speziellen Pflichten des ArbNs, die sich z.B. bereits auf Grund der beruflichen Untergliederung der Arbeitsverträge ergeben können, sind im Rahmen dieser Abhandlung nicht von Interesse, denn wie sich zeigen wird - vgl. S.12 ff. der Abhandlung - ist die Hauptpflicht bei allen Arbeitsverträgen die gleiche. Abweichungen ergeben sich nur hinsichtlich der Nebenpflichten, z.B. können die vom ArbN zu beachtenden Ordnungsvorschriften - vgl. S.11 der Abhandlung - je nach der Art des Betriebes verschieden sein, diese interessieren hier aber nicht, da ja, nach der hier vertretenen Auffassung, nur die Hauptpflicht eines Vertrages schlechterfüllt werden kann.
 - 3) Dieser Abhandlung wird die Vertragstheorie zugrunde gelegt, so wie hier S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S. 123; B ö t t i c h e r Eduard: "Vertragstheorie und Eingliederungstheorie", in: RdA 55, S.321 ff.; H u e c k Alfred: "Vertragstheorie und Eingliederungstheorie", in: RdA 55, S.323 ff.; a.A. N i k i s c h, S.229 ff., der vom Standpunkt der Eingliederungstheorie in Dienst- und Arbeitspflicht unterscheidet.

verhältnis speziell ergeben.

aa) Bestimmung der Arbeitspflicht durch Vertrag

Die Einzelheiten der Arbeitspflicht, als da sind Art und Umfang, Ort, Zeit, Reihenfolge, Benutzung der Geräte, Verwendung der Rohstoffe¹⁾ etc. können in dem für das betreffende Arbeitsverhältnis abgeschlossenen Vertrag ausdrücklich bestimmt werden, müssen es aber nicht.

In der Regel wird die Pflicht zur Arbeitsleistung in dem Vertrag nur ihren Grundzügen nach festgelegt, d.h. Art und Umfang der Arbeitspflicht werden im allgemeinen ausdrücklich bestimmt oder ergeben sich doch zumindest aus der Art des abgeschlossenen Vertrages,²⁾ bzw. aus dem gesamten Vertragsinhalt.

ab) Bestimmungen der Einzelheiten der Arbeitspflicht durch das Direktionsrecht

Soweit Vereinbarungen über die Einzelheiten der Arbeitspflicht weder ausdrücklich getroffen wurden, noch sich aus dem Vertragsinhalt ergeben, greift das Direktionsrecht³⁾ des ArbGs ein - aber auch nur insoweit - , mit der

-
- 1) Durch Gesetz ist bereits festgelegt, dass der ArbN seine Leistung im Zweifel in Person zu erbringen hat, § 613 BGB.
 - 2) Man unterscheidet je nach Inhalt drei verschiedene Arten von Arbeitsverträgen, und zwar der Art der Lohnzahlung entsprechend Zeit- und Akkordlohnverträge, ferner entsprechend der beruflichen Gliederung der ArbN sieben verschiedene Arten und letztlich noch die der Angestellten und der Arbeiter; vgl. H u e c k - N i p p e r d e y, S.124, 125; N i k i s c h, S.105 ff. - Dieser Abhandlung liegt der Regelfall des Arbeitsvertrages, der Zeitlohnvertrag zugrunde.
 - 3) Die Grundlagen für dieses Recht des ArbGs sind nicht normiert. Vgl. zum Direktionsrecht ausführlich N i k i s c h Arthur: "Das Direktionsrecht und seine Grenzen", in: BB 50, S.538 ff.; O e h m a n n : "Direktionsrecht und Gehorsamspflicht", in: ARBlattei; G a l p e r i n Hans:

Folge, dass es in Bezug auf Art und Umfang der zu erbringenden Leistung sehr stark eingeengt ist,¹⁾ im Gegensatz zu den restlichen Einzelheiten der Arbeitspflicht, die meist noch garnicht zur Zeit des Abschlusses des Vertrages bestimmt werden können, sondern sich erst im Laufe der Zeit auf Grund der tatsächlichen Gegebenheiten ergeben.

Diesem Recht des ArbGs, die Arbeitspflicht des ArbNs falls erforderlich näher zu konkretisieren, entspricht die Pflicht des ArbNs den auf Grund dieses Rechts ergehenden Weisungen des ArbGs Folge zu leisten, sofern die Weisungen - vor allem ihrem Inhalte nach - rechtmässig sind. Diese Pflicht des ArbNs wird allgemein als Gehorsamspflicht bezeichnet. Soweit die Gehorsamspflicht des ArbNs das Gegenstück zu dem Direktionsrecht des ArbGs in dem verkehrlichen Sinne ist,³⁾ ist die Verpflichtung des ArbNs zur Befolgung

"Das Weisungsrecht des Arbeitgebers", in: LE 56, S. 186 ff., Leydhecker E.G.: "Das Weisungsrecht des Arbeitgebers", in: BLStSozArbR 57, S. 251 ff.; Mollitor Erich: "Grund und Grenzen des Weisungsrechts", in: RdA 59, S. 2 ff.

- 1) Das Direktionsrecht besteht hinsichtlich Art und Umfang der zu erbringenden Leistung praktisch nur darin, dass sich jemand ganz allgemein zu irgendeiner Arbeitsleistung verpflichtet. In diesem Fall dient es dann dazu, diese lediglich ganz allgemein bestehende Pflicht zur Erbringung einer Arbeitsleistung näher zu bestimmen. Vgl. v. Carolsfeld, S. 111; Hueck - Nipperdey, S. 143; Oehmann, a.a.O., ARBlattei B, I.
- 2) Vgl. Schnorr von Carolsfeld, S. 111; Hueck - Nipperdey, S. 217; Kaackel - Dersch, S. 146; Nikisch, S. 252.
- 3) Darüber hinaus besteht aber noch das Direktionsrecht als selbständige Berechtigung des ArbGs, auf Grund dessen dieser berechtigt ist, dem ArbN Weisungen bezüglich seines betrieblichen Verhaltens zu erteilen, vgl. Anm. 3 auf S. 11 der Abhandlung. Die vom ArbG auf diese Weise erlassenen Anweisungen können den ArbN zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, das über die reine Erfüllungspflicht hinausgeht und neben dieser besteht. So wie hier z.B. Galperin, a.a.O., in: DB 52, S. 186; Oehmann, a.a.O., in: ARBlattei C, II; a.A.

dieser Weisungen keine selbständige Pflicht, die den ArbN neben seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung trifft, sondern sie ist ein Teil der selben. Die Gehorsamspflicht ist also insoweit ein Teil der Arbeitspflicht.¹⁾

b) Treupflicht

Ausser seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung erwachsen dem ArbN aber noch weitere Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Die wichtigste dieser weiteren Pflichten ist die Treupflicht des ArbNs.

Der ArbN ist auf Grund dieser Pflicht gehalten, im Rahmen seiner Tätigkeit die Interessen seines ArbGs und seines Betriebes nach besten Kräften wahrzunehmen und alles zu vermeiden, was diese Interessen schädigen könnte.²⁾³⁾

H u e c k - N i p p e r d e y, der auf S.143 der Auffassung ist, dass das Direktionsrecht nur der Konkretisierung der Arbeitsleistung diene, der auf derselben Seite dann aber ausführt, dass dieser Begriff nicht zu eng gefasst werden dürfe und auch zum Erlass von "Dienstvorschriften" berechtige. Er kommt auf S.217 praktisch dann auch zu dem Ergebnis, dass auf Grund des Direktionsrechts arbeitsvertragliche Nebenpflichten begründet werden können.

- 1) Anders verhält es sich, soweit die Gehorsamspflicht des ArbNs das Gegenstück zu dem Direktionsrecht des ArbGs bildet, auf Grund dessen der ArbG Ordnungsvorschriften erlassen kann. Da auf Grund dieses Direktionsrechts des ArbGs Pflichten des ArbNs begründet werden, denen er neben seiner Arbeitspflicht nachzukommen hat, vgl. S.11 der Abhandlung, ist die Gehorsamspflicht insoweit auch eine selbständige Pflicht des ArbNs die neben seiner Arbeitspflicht besteht.
- 2) Urteil des BGH vom 17.12.1953, in: DB 54, S.87.
- 3) Die Treupflicht ist zu unterscheiden von der vertraglichen Treue, auf Grund derer der ArbN seiner Arbeitspflicht nachzukommen hat, wie Treu und Glauben es erfordern. Die Treupflicht besteht n e b e n dieser Pflicht zur vertragsgemässen Erfüllung. Sie begründet eine Verpflichtung des ArbNs, die weit über die vertragstgetreue Erfüllung der eigentlichen Arbeitspflicht hinausgeht.

ba) Grundlage der Treupflicht

Die Treupflicht ist generell gesetzlich nicht verankert. Lediglich einige Tatbestände der Treupflichtverletzung haben eine gesetzliche Regelung gefunden.¹⁾

Rechtsgrund für diese Pflicht des ArbNs ist die Tatsache, dass der Arbeitsvertrag zwischen ArbN und ArbG nicht nur schuldrechtliche Beziehungen begründet, sondern der ArbN im Arbeitsvertrag verspricht, seine persönliche Arbeitskraft dem ArbG zur Verfügung zu stellen. Diese persönliche Verbindung wird von dem Gedanken der Treue beherrscht und ist der Grund für die Treupflicht des ArbNs.²⁾

bb) Inhalt und Umfang der Treupflicht

Inhalt und Umfang der Treupflicht lassen sich nicht allgemein bestimmen, sondern richten sich nach den Umständen des einzelnen Vertrages. Je stärker das einzelne Arbeitsverhältnis auf Vertrauen beruht, um so grössere Anforderungen sind an die Treupflicht des ArbNs zu stellen.³⁾

Bei den Pflichten, denen der ArbN auf Grund der Treupflicht nachzukommen hat, handelt es sich in erster Linie

-
- 1) Und zwar gem. § 12 UnlWG das Schmiergeldverbot; gem. § 17 UnlWG die Pflicht zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen; ferner die Regelung bezüglich der Erfindungen des ArbNs in dem ArbNERfG.
 - 2) Vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.333 N i k i s c h, S.383; H u e c k Alfred, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München 1947, S.13.
 - 3) So wird z.B. in dieser Beziehung von einem leitenden Angestellten weit mehr zu verlangen sein als von einem Hilfsarbeiter; vgl. N i k i s c h S.384; Staudinger - Nipperdey - N e u m a n n Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, 3.Teil, 11. Auflage, Berlin 1958, § 611 Anm.162; ArbG Mannheim, in: ARSt XV, Nr.671; IAG Mannheim, in: ARBlattetei "Kündigungsgrund", Entscheidung IX; ArbG Bayreuth, in: ARSt XV, Nr.542.

um Unterlassungspflichten.¹⁾ Aber es kann auch vorkommen, dass die Treupflicht den ArbN zum Handeln verpflichtet.²⁾ Diese Verpflichtung des ArbNs kann unter Umständen sogenannte Aussen- oder Nachwirkung haben. D.h. der ArbN kann auf Grund der Treupflicht zu einem gewissen Verhalten ausserhalb der Arbeitszeit und des Arbeitsortes verpflichtet sein³⁾ oder aber noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Pflichten haben, die durch sie begründet sind.⁴⁾

- 1) So hat der ArbN z.B. die Verpflichtung, Wettbewerb zu unterlassen, er darf keiner Nebenbeschäftigung nachgehen, wenn dadurch die Arbeitskraft für die Hauptbeschäftigung gemindert würde, er darf seine Mitarbeiter nicht zu Vertragsverletzungen verleiten oder ihnen dabei behilflich sein etc.; vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.333 ff.; M e i s s i n g e r, "Die Treupflicht im Arbeitsrecht", in: ARBlattei; H u e c k - N i p p e r d e y, S.220 ff.; Staudinger - Nipperdey - N e u m a n n, § 611 Anm.160.
- 2) Z.B. ist ein ArbN verpflichtet, dem Betrieb drohende Schäden anzuzeigen und abzuwenden. Unter Umständen kann ein ArbN verpflichtet sein, länger oder am Sonntag zu arbeiten. Ferner hat der ArbN die Pflicht, strafbare Handlungen seiner Mitarbeiter zur Anzeige zu bringen; vgl. die in der vorhergehenden Anm. zitierte Literatur, sowie ArbG Bremen, in: DB 54, S.804; ArbG Wilhelmshaven in: BB 58, S.1307.
- 3) Vgl. Staudinger - Nipperdey - N e u m a n n § 611 Anm. 162; N i k i s c h, S.385; M e i s s i n g e r, a.a.O., in: ARBlattei D, III. - Ob allerdings ein ausserdienstliches Verhalten des ArbNs eine Treupflichtverletzung darstellt oder nicht, kann nur für jeden einzelnen Fall speziell entschieden werden, wobei letztlich die Tatsache entscheidend sein dürfte, ob durch das Verhalten des ArbNs beachtliche Interessen des Betriebes oder des ArbBs tatsächlich verletzt wurden.
- 4) Zwar finden mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses die beiderseitigen Rechte und Pflichten grundsätzlich ihr Ende, aber in besonderen Ausnahmefällen kann die Geheimhaltungspflicht über die Beendigung des Vertragsverhältnisses hinaus bestehen bleiben. So BAG in: ARBlattei "Geheimnisschutz im Arbeitsrecht", Entscheidung I. Oder unter besonderen Umständen kann der ArbN verpflichtet sein, kein ähnliches Vertragsverhältnis mit einem anderen ArbG einzugehen, so BAG in: DB 56, S.1183.

c) Pflicht zur Beachtung der Ordnungsvorschriften

Neben der Arbeits- und Treupflicht hat der ArbN aber noch die Verpflichtung, die in seinem Betrieb bestehenden Ordnungsvorschriften zu beachten.

Unter den Begriff der Ordnungsvorschriften fallen alle in einem Betrieb bestehenden Vorschriften, die der Aufrechterhaltung des Betriebes dienen und von den einzelnen ArbNn ein bestimmtes Verhalten verlangen.¹⁾ Sie werden durch BV²⁾ und durch das Direktionsrecht³⁾ des ArbGs festgesetzt. In diesen Ordnungsvorschriften können auch Pflichten des ArbNs ausdrücklich normiert werden, denen er auf Grund seiner Treupflicht bereits nachzukommen hätte.⁴⁾

Der Unterschied der beiden Pflichtengruppen besteht darin, dass auf Grund der Treupflicht völlig verschiedene Anforderungen an die einzelnen ArbN gestellt werden,⁵⁾ mit der Folge, dass z.B. bei einem gehobenen Angestellten bei Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes eine Treupflicht-

1) Diese Vorschriften können dem ArbN die verschiedensten Pflichten auferlegen, z.B. die Benutzung der vorhandenen Kontrolluhren, die Eintragung in die vorhandenen Anwesenheitslisten, die Benutzung der vorgeschriebenen Ein- und Ausgänge, sparsames Umgehen mit dem zur Verfügung gestellten Material, sorgfältige Behandlung des Arbeitsgerätes, Sauberkeit und Ordnung des Arbeitsplatzes, Rauchverbot, Torkontrollen etc..

2) Vgl. § 56 BetrVG.

3) Auf Grund des Direktionsrechts, in betriebsratslosen Kleinbetrieben, und zwar des Direktionsrechts in dem in Anm. 3 auf S.7, sowie in Anm.1 auf S.8 der Abhandlung behandelten Sinne, mit der Folge, dass die Pflicht des ArbNs zur Beobachtung dieser Vorschriften insoweit auch als Gehorsamspflicht bezeichnet werden kann.

4) So z.B. die Pflicht des ArbNs, mit dem zur Verfügung gestellten Material sparsam umzugehen, die Pflicht, das Arbeitsgerät sorgfältig zu behandeln, sowie die Verpflichtung, den Arbeitsplatz sauber und ordentlich zu halten.

5) Vgl. S.9 der Abhandlung.

verletzung zu bejahen wäre, bei einem Hilfsarbeiter dagegen nicht. Anders verhält es sich, wenn in einem Betrieb durch Ordnungsvorschriften das Verhalten des einzelnen ArbNs bestimmt wird. Diese Vorschriften fordern dann von allen ArbN ohne Unterschied die gleiche Beachtung.

3. Abgrenzung der Pflichten des Arbeitnehmers in Haupt- und Nebenpflichten

Im folgenden ist zu untersuchen, welche dieser aufgezählten Pflichten des ArbNs Haupt- und welche Nebenpflichten sind.

Diese Trennung ist erforderlich, da wie dargelegt,¹⁾ im Rahmen dieser Abhandlung nur der Verstoss des ArbNs gegen seine primäre Leistungspflicht - so nicht Unmöglichkeit oder Verzug vorliegen - als Schlechterfüllung angesprochen wird, nicht aber die Verletzung einer Nebenverpflichtung.

a) Arbeitspflicht - Hauptpflicht

Bezüglich der Arbeitspflicht wurde bereits gesagt, dass sie die primäre Pflicht des ArbNs ist,²⁾ sie ist daher ohne Zweifel Hauptverpflichtung des ArbNs.

b) Pflicht zur Beachtung der Ordnungsvorschriften - Nebenpflicht

Die Verpflichtung des ArbNs die bestehenden Ordnungsvorschriften zu beachten, ist dagegen eine sekundäre Leistungspflicht.

Diese Ordnungsvorschriften sind nämlich nichts ande-

1) Vgl. S.2 der Abhandlung.

2) Vgl. S.5 der Abhandlung.

res als normierte Verhaltensvorschriften, mit der Folge, dass die Pflicht des ArbNs zur Beachtung dieser Vorschriften neben seiner Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung besteht und Beachtung oder Nichtbeachtung auf die eigentliche Erfüllung des Arbeitsvertrages ohne Einfluss ist.¹⁾

c) Treupflicht - Nebenpflicht

Zweifelhafter ist es, ob die Treupflicht des ArbNs Haupt- oder Nebenpflicht des Arbeitsvertrages ist. Auf den ersten Blick erscheint die Verpflichtung des ArbNs zur Treue so erheblich, dass man glauben möchte, es handele sich hierbei um eine primäre Leistungspflicht des ArbNs.²⁾

Das ist aber nicht der Fall. Die Treupflicht des ArbNs ist ebenso wie seine Pflicht zur Beachtung der Ordnungsvorschriften eine reine Nebenpflicht des Arbeitsvertrages. Zwar gibt es Arbeitsverhältnisse, bei denen die Treupflicht sehr stark ausgeprägt ist, aber diese Tatsache hat nur Einfluss auf den Umfang der Treupflicht, nicht aber wird sie in diesen Fällen zur Hauptpflicht des Vertrages.

Dass es sich bei der Treupflicht um eine sekundäre Leistungspflicht handelt, ergibt sich aus Inhalt und Zweck dieser Verpflichtung des ArbNs; denn betrachtet man die Pflichten, die die Treupflicht dem ArbN auferlegt,³⁾ so

1) Vgl. S.2 der Abhandlung

2) So wird denn auch in dem Kommentar zum HGB von S c h l e g e l b e r g e r - S c h r ö d e r, 3.Auflage, Berlin und Frankfurt 1955, § 59 Anm.26, die Auffassung vertreten, dass die Treupflicht für den kaufmännischen Angestellten ebenso wie die Dienstpflicht Hauptpflicht des Vertrages sei; ähnlich B o b r o w s k i - G a u l, Das Arbeitsrecht im Betrieb, 3.Auflage, Heidelberg 1959, der der Auffassung ist, dass die Treupflicht eine Verhaltenspflicht ist, die wie die Leistungspflicht vertragliche Hauptpflicht ist.

3) Vgl. Anm.1 auf S.10 der Abhandlung und Anm. 2 auf S.10 der Abhandlung.

stellt man fest, dass es sich hierbei in den meisten Fällen um typische Verhaltensvorschriften¹⁾ handelt. Aber auch die Treupflichten des ArbNs, die man auf den ersten Blick ihrem Inhalt nach nicht als reine sekundäre Verhaltensvorschriften bezeichnen möchte - so z.B. die sich für den ArbN unter Umständen ergebende Pflicht, am Sonntag zu arbeiten -, sind letztlich nichts anderes. In diesen Fällen besteht die Verpflichtung des ArbNs, die er auf Grund seiner Treupflicht zu erfüllen hat, ebenfalls in einem Verhalten, das er neben der Erbringung der Hauptleistung zu beachten hat. In unserem Beispielsfall bestände die Treupflicht des ArbNs in seiner Bereitschaft, zusätzlich am Sonntag zu arbeiten, nicht aber in der Arbeitsleistung als solcher. Und diese Verpflichtung des ArbNs, neben seiner Arbeitsleistung ein Verhalten zu beobachten, das dem Interesse des Betriebes dienlich ist, das ist der Sinn und Zweck der Treupflicht.

4. Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages und Abgrenzung gegenüber den restlichen Leistungsstörungen.

Wie gezeigt wurde, ist Hauptpflicht des ArbNs auf Grund des Arbeitsvertrages nur seine Pflicht zur Arbeitsleistung, mit der Folge, dass Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages durch den ArbN dann vorliegt, wenn er seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung zwar nachkommt, aber nicht ordnungsgemäss²⁾ und dem ArbG auf diese Weise ein

1) Vgl. S.2 der Abhandlung.

2) So liegt z.B. auch Schlechterfüllung vor, wenn der ArbN die auf Grund des Direktionsrechts des ArbGs ergehenden Weisungen des ArbGs in bezug auf seine Arbeitsleistung nicht befolgt, denn dann hat er zwar gearbeitet, aber nicht ordnungsgemäss.

Schaden entsteht.¹⁾

Nur die unter diese Definition fallenden Leistungsstörungen sind im Rahmen dieser Abhandlung von Interesse, mit der Folge, dass von vorneherein alle Verstösse des ArbNs gegen die Treupflicht sowie die Nichtbeachtung der Ordnungsvorschriften ausscheiden.

Unter den Begriff der Schlechterfüllung des ArbNs gegenüber dem ArbG fallen vor allem das unsorgfältige Arbeiten, das Liefern von Ausschuss²⁾ sowie das zu langsame Arbeiten.³⁾ Ferner liegt z.B. Schlechterfüllung des ArbNs gegenüber dem ArbG vor, wenn er als angestellter Kraftwagenfahrer während der Diestzeit mit dem Dienstwagen einen Verkehrsunfall verursacht oder aber wenn der ArbN Rohstoffe vergeudet, Maschinen unsachgemäss behandelt⁴⁾ oder als Kassier ein Defizit aufzuweisen hat.⁵⁾ In manchen Berufszweigen kann Schlechterfüllung der Arbeitspflicht auch vorliegen, wenn der ArbN ein unfreundliches Wesen zeigt oder aber unhygienische Kleidung trägt.⁶⁾ etc..

-
- 1) H u e c k - N i p p e r d e y definiert auf S.210 die Schlechterfüllung folgendermassen: "Jede den ArbG schädigende Handlung die der ArbN in Erfüllung seiner Arbeitspflicht vornimmt." Diese Definition erscheint insofern zweideutig, als "i n Erfüllung der Arbeitspflicht" auch eine Nebenpflicht des Arbeitsvertrages verletzt werden kann, diese aber - nach der hier vertretenen Auffassung - gerade nicht von dem Begriff der Schlechterfüllung erfasst werden soll.
 - 2) Vgl. H u e c k - N i p p e r d e y, S.208; B e l o w Karl-Heinz: "Die mangelhafte Arbeitsleistung im Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer", in: Festschrift für Heinrich Lehmann, 2.Band 1956, S.646 ff. (647).
 - 3) Vgl. H u e c k - N i p p e r d e y, S.208; B e l o w, a.a.O., S.647; N i k i s c h, S.266.
 - 4) S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.303; H u e c k - N i p p e r d e y, S.208; B e l o w, a.a.O., S.647.
 - 5) Vgl. B e l o w, a.a.O., S.648.
 - 6) Vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.303, der diese Fälle als Beispiele für die Verletzung von Verhaltensvorschriften bringt. Man kann aber wohl in manchen Berufszweigen Sauberkeit und Freundlichkeit auch als eine Einzelheit der Arbeitspflicht bezeichnen.

§ 2 Rechtsfolgen der Schlechterfüllung des Arbeitnehmers

A. Allgemeine Erläuterungen

Die Schlechterfüllung ist gesetzlich nicht allgemein geregelt. Lediglich für einige Pflichtverletzungen, die ihrem Wesen nach positive Forderungsverletzungen sind, hat der Gesetzgeber ausdrücklich die Haftung des Schuldners vorgesehen.¹⁾ Es ist heute aber allgemeine Meinung, dass die positive Forderungsverletzung - und somit auch die Schlechtleistung - in den Fällen, in denen eine Haftung des Schuldners nicht ausdrücklich bestimmt ist, ebenfalls Rechtsfolgen auslösen kann.

1. Haftungsgrundlage der Schlechterfüllung bei Verletzung eines schuldrechtlichen Vertrages

Meinungsverschiedenheiten bestehen allerdings darüber, auf welche Gesetzesvorschriften eventuelle Rechtsfolgen einer Schlechterfüllung gestützt werden können.²⁾

Diese Frage kann aber im Rahmen dieser Abhandlung

1) Vgl. §§ 447 II; 545 II; 644 II; 694 BGB sowie § 429 HGB.

2) So vertrat z.B. das RG in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass Haftungsgrundlage für die positive Forderungsverletzung der § 276 BGB sei. Die Lehre dagegen stand von jeher zum überwiegenden Teil auf dem Standpunkt, dass § 276 BGB lediglich einen Haftungsmassstab

dahingestellt bleiben, da hier nur wichtig ist, dass man heute allgemein der Auffassung ist, eine Schlechterfüllung könne ebenso wie die im BGB geregelten Leistungsstörungen Folgen auslösen. Aus welchen Bestimmungen diese eventuelle Haftung des Schuldners letztlich abgeleitet werden kann, ist aber eine Frage des allgemeinen Schuldrechts und braucht daher hier nicht näher untersucht zu werden.

2. Rechtsfolgen der Schlechterfüllung eines schuldrechtlichen Vertrages

Ist dem Gläubiger infolge der Schlechtleistung des Schuldners ein Schaden erwachsen, so steht ihm im allgemeinen sowohl bei einseitigen als auch bei gegenseitigen Verträgen ein Ersatzanspruch gegen den Schuldner zu, dessen Inhalt und Umfang sich nach §§ 249 ff. BGB bemisst.¹⁾

Bei gegenseitigen Verträgen hat aber der Gläubiger, wenn ihm unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann, die Möglichkeit, die vertraglichen Beziehungen zu beenden.²⁾

nicht aber einen Haftungsgrund enthalte. Dieser Auffassung hat sich der BGH in seinem Urteil vom 13.11.1953 - BGHZ 11, 80 ff. - angeschlossen.

1) Vgl. BGHZ 11, 80 ff. (86).

2) Vgl. BGHZ 11, 80 ff. (86).

3. Anwendbarkeit dieser allgemeinen Grundsätze auf den Arbeitsvertrag

Können diese von Lehre und Rechtsprechung für das Schuldrecht des BGB entwickelten Grundsätze auch auf den Arbeitsvertrag zur Anwendung gelangen oder ist das nicht möglich?

Zwar besteht über das Wesen des Arbeitsvertrages Meinungsverschiedenheit - da die einen der Auffassung sind, dass es sich bei dem Arbeitsvertrag um ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis handle, das seine Parallele im Gemeinschaftsvertrag finde,¹⁾ die Gegenmeinung aber der Ansicht ist, dass der Arbeitsvertrag trotz seiner personenrechtlichen Züge zu den rein schuldrechtlichen und nicht zu den gemeinschaftsbegründenden Verträgen zu zählen sei²⁾ - , aber da das geltende Recht Gemeinschafts- und Schuldrecht nicht trennt,³⁾ kommen beide Auffassungen zu dem Ergebnis, dass die Normen des allgemeinen Teils des Schuldrechts des BGB auf den Arbeitsvertrag anzuwenden seien, soweit sich aus der personenrechtlichen Struktur des Vertrages nichts Gegenteiliges

-
- 1) So Hueck - Nipperdey, S.116; Kaskel-Dersch, S.116; Denckel Johannes, § 611 ff. in RGR Kommentar, 11. Auflage, Berlin 1959, Anm.1 vor § 611; Sitzler Fr.: "Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis", in: ARBlatt, Arbeitsrecht, Übersicht VII, A, B, 2; Nikisch, S.143 sieht vom Standpunkt der Eingliederungstheorie in der Einstellung des ArbNs den eigentlichen Begründungsakt des Arbeitsverhältnisses. Diese Verpflichtung des ArbNs, in den Dienst des ArbGs zu treten, sieht er als rein schuldrechtliche Verpflichtung des ArbNs, an. Mit Beginn der Arbeitsleistung sieht er aber in dem Arbeitsverhältnis ebenfalls ein Gemeinschaftsverhältnis.
 - 2) So Schnorr von Carolsfeld, S.162; Rammler Thilo, "Die Anfechtung des Arbeitsvertrages", Karlsruhe 1955, S.20; Rehhahn Hans: "Aequivalenzprinzip und Leistungsklage", in: AuR 56, S.37 ff. (S.38).
 - 3) Vgl. 11. Buch des BGB, das unter dem Begriff schuldrecht-

ergibt.¹⁾²⁾

Da also die Vorschriften des allgemeinen Teils des Schuldrechts des BGB grundsätzlich auf den Arbeitsvertrag zur Anwendung gelangen können, kann auch die Schlechterfüllung eines Arbeitsvertrages die gleichen Folgen wie die eines im BGB geregelten schuldrechtlichen Vertrages haben, d.h. die Schlechterfüllung eines Arbeitsvertrages durch den ArbN kann in erster Linie Ersatzansprüche des ArbGs auslösen. Dieser Ersatzanspruch des ArbGs ist im folgenden näher zu untersuchen.

B. Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers bei Schlechtleistung

Die Schlechtleistung des ArbNs kann also Ersatzansprüche des ArbGs auslösen, muss es aber nicht, kann deshalb, weil die Verletzung des Arbeitsvertrages für sich allein grundsätzlich keine Haftung zur Folge hat. Das ist vielmehr nur dann der Fall, wenn noch weitere Voraussetzungen hinzutreten.

liche Verträge auch den Gesellschaftsvertrag behandelt.

- 1) So Sch n o r r v o n C a r o l s f e l d , S.162; Hueck - N i p p e r d e y , S. 117; K a s k e l - D e r s c h , S. 116; S i t z l e r , a.a.O., in: ARBlatt, Arbeitsrecht, Übersicht VII A; B, 2; N i k i s c h , S. 136; Staudinger-Nipperdey - M o h n e n , Anm.34 vor § 611.
- 2) Wobei die Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB auf den Arbeitsvertrag besonders sorgfältig zu prüfen ist; a.A. D e n e c k e , a.a.O., Anm.15 vor § 611, der die Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB grundsätzlich ablehnt, da die

I. Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers

Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht des ArbNs bei Schlechtleistung ist, dass der ArbN rechtswidrig, schuldhaft schlechterfüllt, infolge dieser Schlechterfüllung ein Schaden eingetreten ist und zwischen Schlechterfüllung und Schaden ein ursächlicher Zusammenhang besteht.

Diese Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch des ArbGs wegen Schlechtleistung des ArbNs sind im folgenden näher zu untersuchen.

1. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des ArbNs ist also erforderlich, damit man ihn für die Folgen seines Handelns verantwortlich machen kann.

Das Tun oder Unterlassen eines ArbNs ist rechtswidrig, wenn es nach den besonderen Umständen des Falles als normwidrig, d.h. als unerlaubt anzusehen ist.¹⁾

Im folgenden ist zu untersuchen, ob nicht unter Umständen die Freistellung eines schlechterfüllenden ArbNs aus dem Gesichtspunkt der Rechtmässigkeit seines Tuns in Betracht kommen kann.

Anwendung dieser Vorschriften mit dem Wesen des Arbeitsvertrages nicht zu vereinbaren sei.

- 1) Im Rahmen dieser Abhandlung kann nicht auf die bestehenden Meinungsverschiedenheiten über den zivilrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriff eingegangen werden; vgl. dazu ausführlich L a r e n z, II. Band, S. 364 ff. und die dort angeführte Literatur.

a) Frühere Meinung S c h n o r r v o n C a r o l s -
f e l d s

So vertrat S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d die Auffassung, dass einem ArbN bei einem geringen Mass schädlichen Verhaltens ein Rechtswidrigkeitsausschließungsgrund zur Seite stehe, wenn dieses Verhalten dem durchschnittlichen, menschlichen Verhalten entspräche,¹⁾ mit der Folge, dass das Handeln des ArbNs in einem solchen Falle rechtmässig gewesen und eine Haftung von vorneherein nicht mehr in Betracht gekommen wäre.

S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d hat diese Meinung inzwischen aufgegeben und ist der Auffassung, dass das Handeln des ArbNs auf alle Fälle verboten bleibe.²⁾

b) Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund

Es ist Schnorr von Carolsfeld zuzustimmen, dass das Problem der Arbeitnehmerhaftung bei fahrlässigem Verhalten nicht durch Ausschluss der Rechtswidrigkeit zu lösen ist. Auch der in letzter Zeit verschiedentlich für das Deliktsrecht des BGB herangezogene - aus dem Bereich des Strafrechts³⁾ stammende - Rechtswidrigkeitsausschließungsgrund des sozialadäquaten Verhaltens dürfte an diesem Ergebnis nichts ändern.

-
- 1) S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S. 303, 304.
 - 2) S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d Ludwig: "Probleme des internationalen Arbeitsrechts", in: RdA 58, S. 201 ff., Anm. 50.
 - 3) Vgl. zu dem Begriff der sozialen Adäquanz im Strafrecht W e l z e l Hans, Das Deutsche Strafrecht, 7. Auflage, Berlin 1960, S. 76 ff.; bei ihm ist allerdings bei den sogenannten geschlossenen Tatbeständen bei Vorliegen der sozialen Adäquanz der Tatbestand überhaupt nicht verwirklicht.

Die Vertreter der Ansicht, dass der Begriff der Sozialadäquanz auf das Zivilrecht zu übertragen sei,¹⁾ sind der Auffassung, dass dadurch, dass die Rechtsordnung gewisse Tätigkeiten und Einrichtungen zulässt - wie z.B. den Kraftfahrzeugverkehr - , sie die Gefährdung und Verletzung von Rechtsgütern in Kauf nimmt und so lange nicht missbilligt, wie sie bei gehöriger Sorgfalt unvermeidbar sind.²⁾ Trotz Beachtung der erforderlichen und zumutbaren Sorgfalt eintretende Rechtsverletzungen seien nicht Unrecht, sondern nur Unglück. Diese unvermeidbaren Rechtsgutverletzungen lägen im Rahmen der sozialen Ordnung des Gemeinschaftslebens, und das Verhalten des Verletzenden sei daher sozial und nicht rechtswidrig.³⁾

Durch Beschluss vom 4.3.1957 hat der BGH das objektiv verkehrsmässige Verhalten eines Teilnehmers am Strassen- und Eisenbahnverkehr als Rechtfertigungsgrund anerkannt.⁴⁾ Zu dieser Entscheidung ist zunächst zu sagen, dass, wenn man schon bei objektiv verkehrsrichtigem Ver-

-
- 1) N i p p e r d e y Hans-Carl, Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27. - 29.5.1952 entstanden sind, Köln 1953, S.39 ff. So N i e s e Werner: "Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht", in: JZ 56, S.457 ff.; N i p p e r d e y Hans-Carl: "Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht", in: NJW 57, S.1777 ff.; E n n e c c e r u s - N i p p e r d e y, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15.Auflage, Tübingen 1960, S.1299 ff.; a.A. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , S.171; L a r e n z , S.358 ff.; W u s s o w Werner: "Zur Lehre von der Sozialadäquanz", in: NJW 58, S.891 ff.; R i c h t e r : "Schuld im Zivilrecht", in: NJW 58, S.1171; M a y Erich: "Das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfertigungsgrund", in: NJW 58, S.1262.
 - 2) Vgl. N i e s e , a.a.O., in: JZ 56, S.460.
 - 3) Vgl. N i p p e r d e y , a.a.O., in: NJW 57, S.1778.
 - 4) Vgl. BGHZ 24, 21 ff.; zuvor hatte bereits das BAG in seinem Beschluss vom 28.1.55 - BAG I, 291 ff. (306) - den Begriff der Sozialadäquanz auf das Streikrecht zur Anwendung gebracht.

halten eines Teilnehmers am Strassen- und Eisenbahnverkehr das Vorliegen einer rechtswidrigen Schädigung verneint, man es entsprechend auch für die anderen sozialen Gefahrenbereiche tun muss.¹⁾

Die Frage ist aber, ob es überhaupt richtig ist, die Tatsache des objektiv verkehrsrichtigen Verhaltens als Rechtfertigungsgrund im Zivilrecht einzuführen.

Im Rahmen dieser Abhandlung kann diese Frage dahingestellt bleiben, denn selbst wenn man sie bejahen würde, so wäre die Anwendung dieses Rechtfertigungsgrundes auf unseren Fall - Schlechterfüllung des ArbNs - nicht möglich, da es hier lediglich um die Verletzung der Arbeitspflicht durch den ArbN geht. Diese ist eine individuelle, nur zwischen den Vertragsparteien - ArbN und ArbG - bestehende Pflicht, die auf dem für den jeweiligen Einzelfall vereinbarten Arbeitsvertrag beruht. Ein Verstoss des ArbNs gegen eine vertraglich begründete Verpflichtung ist lediglich relativ rechtswidrig, denn bestünde das besondere Vertragsverhältnis nicht, läge ein rechtswidriger Verstoss überhaupt nicht vor.²⁾ Bei relativer Rechtswidrigkeit ist jedoch kein Raum für den Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, denn hier geht es überhaupt nicht darum, ob der ArbN sich "verkehrsgemäss"³⁾ verhal-

1) So auch S t o l l Hans: "Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens", inJZ 58, S.137 ff. (S.139); B i n d o k a t Heinz: "Mehrerlei Unrecht ?", in: JZ 58, S.553 ff. (S.553); - mit der Begründung, dass der BGHZ in seiner Entscheidung vom 4.3.57 die Gedanken der Sozialadäquanz auf das bürgerliche Recht anwende, kommen N i p p e r d e y, a.a.O., in: NJW 57, S.1777, und W i e a c k e r Franz: "Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im bürgerlichen Recht", in: JZ 57, S.535 ff. (S.536), praktisch zu dem gleichen Ergebnis.

2) Vgl. E n n e c c e r u s - N i p p e r d e y, a.a.O., S.1300.

3) Wobei "verkehrsgemäss" in einem derartigen Fall, das arbeitsmässig richtige Verhalten des ArbNs wäre.

ten hat, sondern um die Frage, ob sein Verhalten vertragsgemäss, d.h. dem zwischen ihm und dem ArbG vereinbarten Vertrag entsprechend war oder nicht. Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens kann aber lediglich in den Fällen zur Anwendung gelangen, in denen der Handelnde gegen eine allgemeine Verhaltensnorm, die absolut für jedermann verbindlich ist, verstösst,¹⁾ denn nur dort kann man von einem "verkehrsrichtigen" Verhalten sprechen. Verstösst er dagegen - wie es bei der Schlechterfüllung der Arbeitspflicht der Fall ist - gegen eine Verpflichtung, die lediglich auf dem zwischen ihm und dem Verletzten bestehenden Arbeitsvertrage beruht, kann eine Rechtfertigung aus arbeitsmässig richtigem Verhalten nicht eintreten.

Eine vertragliche Nichthaftung des ArbNs bei Schlechterfüllung kommt daher aus Gründen der fehlenden Rechtswidrigkeit selbst dann nicht in Betracht,²⁾ wenn man der Auffassung ist, dass das objektiv-verkehrsrichtige Verhalten des Schädigers als Rechtfertigungsgrund in das Zivilrecht einzuführen sei.

2. Verschulden

Eine Haftung des ArbNs für seine Schlechterfüllung besteht des weiteren nur dann, wenn er die Schlechtleistung auch verschuldet hat.³⁾

1) Z.B. § 823 BGB, die Vorschriften der StVO etc.

2) Im Ergebnis wie hier, Bobrowski - G a u l, S.266, 267, der der Auffassung ist, dass selbst wenn man der Rechtsprechung des BGH folgt, sich auf diese Weise keine Haftungsbefreiung erreichen lässt, wenn ein ArbN bei der Verrichtung einer schadengeneigten Arbeit eine gesetzliche, tarifliche oder betriebliche Vorschrift ausser acht lässt.

3) Vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.304; B e l o w, a.a.O., S.649; G r u b, a.a.O., in: ARBlat-

Wie dargelegt, finden auf den Arbeitsvertrag die Vorschriften des allgemeinen Teils des Schuldrechts des BGB Anwendung, mit der Folge, dass Haftungsmaxstabs § 276 BGB ist, d.h. der ArbN hat für Vorsatz und Fahrlässigkeit einzustehen.

Hier erhebt sich die Frage, ob diese Bestimmung des BGB als Maxstabs für die Haftung eines ArbNs bei Schlechtleistung uneingeschränkt angewendet werden kann oder ob sich insoweit Abweichungen ergeben können.

a) Vorsatz

Soweit es sich um eine vorsätzliche Schlechtleistung eines ArbNs handelt, ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Begriff des Vorsatzes im Arbeitsrecht nicht mit dem des bürgerlichen Rechts identisch ist.

Der ArbN hat daher stets die Fälle der rechtswidrigen Schlechterfüllung zu vertreten, in denen er sich den Erfolg seines Handelns vorgestellt und ihn in Kenntnis der Pflichtwidrigkeit¹⁾ seiner Herbeiführung dennoch in seinen Willen aufgenommen hat oder aber ihn zumindest als möglich erkannt und gebilligt hat.²⁾

tei, Haftung I, B, III; Hueck - Nipperdey, S.208; Nikisch, S.268.

- 1) Nach der bisherigen Rechtsprechung erfordert der Vorsatz die Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Handelns, allerdings genügt dabei eine dem bedingten Vorsatz entsprechende Einstellung, so Haager in: RGR Kommentar § 823 Anm.4; Larenz, I.Band, S.184; Erman - Dreß § 823 Anm.11 b. Für Anwendung der Schuldtheorie - über Vorsatz- und Schuldtheorie vgl. BGHSt 2, 194 - im Zivilrecht Niese, a.a.O., in: JZ 56, S.457 ff. (S.465); Eneccerus - Nipperdey, S.1302; Schmid: "Praktisch wichtige Auswirkungen der neuen Schuldtheorie im Zivilrecht", in: NJW 58, S.488 ff.
- 2) So die herrschende Willenstheorie, vgl. Larenz, I.Band, S.184; Staudinger-Nipperdey - Werner Vorm. B, I, 1 vor § 275; Palandt-Dankelman, §276 Anm.3;

In diesen Fällen trifft den ArbN grundsätzlich die Schadenersatzpflicht in vollem Umfange.¹⁾ Lediglich auf Grund Mitverschuldens des ArbGs oder eines von ihm beauftragten Erfüllungsgehilfen kann eine Minderung des Umfanges der Ersatzpflicht in Betracht kommen. Auf diese Frage ist aber erst bei dem Umfang der Ersatzpflicht des ArbNs einzugehen.²⁾

b) Fahrlässigkeit

Zweifelhaft ist dagegen, ob der Begriff der Fahrlässigkeit, so wie er in § 276 BGB definiert ist,³⁾ als Massstab für das Vertretenmüssen eines schlechtleistenden ArbNs angewendet werden kann. Denn übernimmt man den bürgerlich-rechtlichen Begriff der Fahrlässigkeit uneingeschränkt, so hat der ArbN sowohl die Fälle der Schlechterfüllung zu vertreten, in denen die mangelhafte Arbeitsleistung lediglich auf einer Unachtsamkeit beruht, als auch die, in denen sie die Folge eines erheblichen Pflichtenverstosses ist; mit der Folge, dass der ArbN in all diesen Fällen in vollem Umfange schadenersatzpflichtig wäre, ohne dass seine Ersatzpflicht nach dem Grade seines Verschuldens abgestuft werden könnte.

H a a g e r, in: RGR Kommentar § 823 Anm.3; E n n e c c e r u s - N i p p e r d e y S.1304; a.A. Erman- G r o e p p e r, § 276 Anm.3, der die Vorstellungstheorie vertritt, die der Ansicht ist, dass vorsätzlich handelt, wer den Erfolg vorausgesehen hat, aber ihn nicht in seinen eigentlichen Zielwillen aufgenommen hat. Beide Meinungen haben sich heute aber so weitgehend genähert, dass praktische Unterschiede kaum noch bestehen.

- 1) Bei vorsätzlicher Schlechterfüllung kommt auch ein Schadensausgleich nicht in Betracht; vgl. S.68 der Abhandlung.
- 2) Vgl. S. 44 der Abhandlung.
- 3) § 276 I 2 BGB: "Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser acht lässt."

Diese Regelung mit ihrem Grundsatz "alles oder nichts" ist derartig schematisch, dass ihre Anwendbarkeit auf den Arbeitsvertrag zweifelhaft erscheint, denn so ist z.B. bei manchen Arbeitsverhältnissen die Möglichkeit einer Schlechterfüllung sehr gross, und dieser Tatbestand kann durch die geringste Unachtsamkeit des ArbNs erfüllt werden.¹⁾ Auf der anderen Seite gibt es dann aber auch Arbeitsverhältnisse, bei denen eine Schlechterfüllung eine ganz erhebliche Nachlässigkeit des ArbNs voraussetzen würde.²⁾ Zweifelhaft ist die uneingeschränkte Anwendung des bürgerlich-rechtlichen Begriffes der Fahrlässigkeit auch deshalb, weil es hier um die Haftung des wirtschaftlich Schwächeren und Abhängigen gegenüber dem wirtschaftlich Stärkeren geht.³⁾

Bereits das RAG hat sich mit diesem Problem der Haftung des ArbNs bei fahrlässigem Verhalten befasst. Den Anstoss zu der Rechtsprechung des RAG gab die Frage, ob ein angestellter Kraftfahrer dem ArbG für jeden fahrlässig herbeigeführten Schaden in vollem Umfange aufzukommen habe.⁴⁾ Das RAG kam letztlich⁵⁾ in dieser Frage zu dem Ergebnis, dass es die Eigenart gewisser Dienste mit sich

1) So z.B. bei einem Fernlastfahrer.

2) So z.B. ein Strassenkehrer.

3) So bereits V o l k m a r in der Anmerkung zu RAG, in: ARS 34, 357 ff. (361).

4) Vgl. RAG in: ARS 34, 1 ff.; 357 ff.; 37, 269 ff.

5) Vgl. RAG in: ARS 41, 55 ff.; zuvor hatte das RAG seine Begründung für die Herabsetzung des Umfanges der Ersatzpflicht auf die verschiedensten rechtlichen Gesichtspunkte gestützt. So stellte es z.B. in ARS 30, 1 ff. auf Billigkeitserwägungen ab und nahm einem dem mutmasslichen Willen der Parteien entsprechenden stillschweigenden Haftungsausschluss an, lehnte dann aber in ganz ähnlichen Fällen in ARS 34, 357 ff. und 37, 269 ff. eine Herabsetzung des Ersatzumfanges ab.

bringe, dass auch einem gewissenhaften ArbN Fehlgriffe unterlaufen, die zwar für sich allein betrachtet jedesmal vermeidbar sind, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit als mit einem typischen, mehr oder minder voraussehbaren Abirren der Dienstleistung erfahrungsgemäss gerechnet werde, es sich daher bei solchen Fehlgriffen um eine Art von typischem Betriebsrisiko des Unternehmers handle, und dass es dem das Arbeitsrecht beherrschenden Gedanken der Treue- und Fürsorgepflicht widersprechen würde, wenn der ArbG diese von ihm von vorneherein einzukalkulierenden Schäden in vollem Umfange auf den ArbN abwälzen würde. In diesen Fällen dürfe der ArbG daher nicht mehr als eine angemessene Beteiligung von dem ArbN fordern.

Diese vom RAG für den angestellten Kraftfahrer entwickelten Grundgedanken wurden von ihm in der Folgezeit auch noch auf andere mit besonders grosser Gefahr behaftete Arbeitsverhältnisse angewandt.¹⁾

Nach 1945 sind zu der Frage der Haftung des ArbNs bei fahrlässigem Verhalten die unterschiedlichsten Meinungen vertreten und Ergebnisse erzielt worden. Vielfach wird die Auffassung vertreten, es handle sich hier um ein Problem des Verschuldens und sei als solches zu lösen. Die Gegenmeinung ist der Ansicht, dass es hier nicht um die Frage des Vertretenmüssens gehe, sondern darum, auf welche Weise trotz vorhandenen Verschuldens eine Herabset-

1) So z.B. auf den Fall eines Maschinenmeisters, der die Aufgabe hatte, eine Dampfkesselanlage zu überwachen, vgl. ARS 41, 259 ff.; oder aber auf die Streupflicht eines Hauswarts, vgl. ARS 46, 136 ff. Hier macht sich allerdings schon die Entwicklung bemerkbar, die Grundsätze des Schadenausgleichs auf alle mit wesenseigenen Gefahren behafteten Arbeiten anzuwenden.

zung des Umfanges der Haftung, bzw. eine völlige Freistellung des ArbNs erfolgen kann.

Ob der Begriff der Fahrlässigkeit im Arbeitsvertragsrecht identisch ist mit dem für das bürgerliche Recht in § 276 BGB definierten, ist im folgenden zu untersuchen. Zuvor wird jedoch noch darauf eingegangen, ob zu der Beantwortung der Frage, ob ein ArbN die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aufgewandt hat, ein objektiver oder subjektiver Masstab anzulegen ist.

ba) objektiver Sorgfaltsbegriff?

Die Frage ist also, ob auf das Arbeitsvertragsrecht der von der herrschenden Lehre¹⁾ für das bürgerliche Recht angenommene objektive Sorgfaltsbegriff zu übertragen ist, d.h. ob bei der Beurteilung dessen, was im Einzelfall "erforderlich"²⁾ ist, die persönlichen Eigenschaften eines ArbNs ausser Betracht zu bleiben haben und massgebend einzig und allein das ist, was im konkreten Fall an Sorgfalt erforderlich war; oder aber ob ein ArbN seiner Sorgfaltspflicht bereits dann genügt hat, wenn er die Sorgfalt aufwandte, zu der er auf Grund seiner Fähigkeiten in der Lage war.

Bei Hueck - Nipperdey heisst es zu dieser Frage: "Gerade im Arbeitsrecht sprechen starke Gründe für die Berücksichtigung solcher nicht vom Willen abhängi-

1) A.A. z.B. Enneccherus - Nipperdey, Allgemeiner Teil des BGB, 14. Bearbeitung, Tübingen 1955, S.925; Siber Heinrich, Grundriss des deutschen bürgerlichen Rechts, Schuldrecht, Leipzig 1931, S.44; Schnorr von Carolsfeld, S.306, sowie "Die rechtlichen Grundsätze des Lehrlingsproblems", in: RdA 59, S.206 ff. (212); Nipperdey, a.a.O., in: NJW 57, S.1777 ff.

2) Im Verkehr eingerissene Unsitten entschuldigen nicht; vgl. z.B. BGHZ 5, 318 ff. (319).

ger Eigenschaften des ArbNs",¹⁾ und es wird auch von verschiedenen Autoren die Auffassung vertreten, dass für die Haftung des ArbNs von dem objektiven Sorgfaltsbegriff des BGB abzugehen sei.²⁾ Für diese Ansicht spricht, dass unter kaum einen anderen Sammelbegriff Menschen mit so unterschiedlichen Fähigkeiten fallen, wie unter den des ArbNs.

Dem ist aber entgegenzuhalten, dass sich die Berücksichtigung subjektiver Momente doch auch in etwa derart erreichen lässt, dass man den im bürgerlichen Recht herrschenden objektiven Sorgfaltsbegriff auf das Arbeitsvertragsrecht übernimmt und bei der Beurteilung dessen, was im Einzelfall die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist, elastisch und lebensnah vorgeht.³⁾

Praktisch sieht das so aus, dass dem objektiven Sorgfaltsbegriff entsprechend im Einzelfall die Beantwortung der Frage, ob die in diesem Fall erforderliche Sorgfalt aufgewandt wurde, zwar nicht davon abhängig gemacht werden darf, welche Fähigkeiten der betreffende Arbeiter speziell besitzt, wohl aber davon, welche Fähigkeiten im allgemeinen ein ArbN der gleichen ArbN-Gruppe besitzt. Diese Unterteilung des allgemeinen Begriffs ArbN in zahlreiche

1) Hueck - Nipperdey, S.210, der aber die Frage offen lässt.

2) So z.B. Schnorr von Carolsfeld, S.305; Nipperdey, a.a.O., in: NJW 57, S.1777 ff. (S.1782); Nikisch, S.266; Denecke Johannes; "Die Frage der Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers", in: RdA 52, S.209 ff. (S.212); Frey Erich: "Die Beschränkung der Schadenshaftung des Arbeitnehmers", in: AuR 53, S.7 ff. (9); Weidner Peter: "Die Haftung bei schadensgeneigter Arbeit", in: BetrVerf 56, S.147 ff. (S.150).

3) Vgl. Dersch Hermann: Arbeitnehmerhaftung bei gefahrbehafteter Arbeit", in: BB 56, S.501 ff. (S.501).

Untergruppen im Hinblick darauf, was die im Verkehr erforderliche Sorgfalt innerhalb der einzelnen Gruppen ist, steht nicht im Gegensatz zu dem objektiven Sorgfaltsbegriff, denn die Haftung oder Nichthaftung tritt hier im Einzelfall nicht auf Grund der Einzelpersönlichkeit des handelnden ArbNs, sondern auf Grund seiner Zugehörigkeit zu einem bestimmten Personenkreis ein. Diese Berücksichtigung eines engeren Verkehrskreises ist nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern sogar geboten.¹⁾

Bei den meisten ArbN ergibt sich die gruppenmässige Unterteilung aus der Tatsache, dass sie den Tätigkeitsmerkmalen ihrer Arbeit entsprechend lohngruppenmässig eingestuft sind.²⁾ Entsprechend der Einstufung des ArbNs in eine dieser Gruppen bestimmt sich, was die von ihm anzubietende "erforderliche" Sorgfalt ist. Er hat nämlich die Sorgfalt aufzubringen, die von einem durchschnittlichen und ordentlichen ArbN dieser Lohnkategorie zu erwarten ist. Geht man bei der Beantwortung der Frage, was die im Einzelfall erforderliche Sorgfalt ist, auf diese Weise vor, so ist der Massstab objektiv, und die Anforderungen, die an die Sorgfalt des einzelnen ArbNs gestellt werden, sind nicht lebensfremd überspannt, denn die Einstufung eines ArbNs in eine Lohnkategorie erfolgt unter anderem ja auf Grund seiner persönlichen Eigenschaften. Zwar bestimmt sich die Einstufung eines ArbNs in erster Linie nach der Art

-
- 1) So für das Zivilrecht bereits die Rechtsprechung des RG. Vgl. RGZ 95, 16 ff. (17); 102, 47 ff. (49); 119, 397 ff. (400); 126, 329 ff. (331).
- 2) Vgl. die für die einzelnen Arbeitszweige bestehenden tariflichen Lohnabkommen. - Kann die Tätigkeit eines ArbNs unter keine der im TV aufgestellten Lohngruppen subsumiert werden, so ist der ArbN - vorausgesetzt, dass er überhaupt unter den allgemeinen fachlichen Geltungsbereich fällt - im Wege der Lückenausfüllung entsprechend einzugruppieren. Vgl. H u e c k - N i p p e r d e y, S.365; G r a m m Hans: "Tarifliche Ein- und Umgruppierung"

seiner Tätigkeit¹⁾ und nicht auf Grund seiner individuellen Leistungsfähigkeit.²⁾ In den meisten Fällen ist die Zuordnung des ArbNs in eine der Lohngruppen aber noch von weiteren Voraussetzungen, wie z.B. Art der abgelegten Prüfungen, Kenntnissen und Fähigkeiten, Berufsjahren, Lebensalter etc., d.h. also persönlichen Eigenschaften des ArbNs, abhängig.³⁾

Dass man auf diese Weise zu praktisch brauchbaren Lösungen gelangen kann, mögen folgende Beispiele beweisen. Wenn z.B. ein gewerblicher ArbN der Metallindustrie überdurchschnittliche Fachkenntnisse und Fähigkeiten aufweist, so wird er als qualifizierter Facharbeiter eingestuft.⁴⁾ An seine Sorgfalt sind ganz andere Anforderungen zu stellen wie an die eines ArbNs, der z.B. als ungelerner ArbN⁵⁾ eingestuft ist.

Ist ein ArbN lohngruppenmässig nicht eingestuft - sei es weil für ihn keine tarifliche Lohnregelung besteht, sei es weil er ausser Tarif bezahlt wird - so ist für das, was von ihm an Sorgfalt zu erwarten ist, der mit ihm abgeschlossene Arbeitsvertrag massgebend. In ihm ist im allgemeinen die Arbeitspflicht in ihren Grundzügen

rung", in: ARBlattei, Tarifliche Eingruppierung I, A.

- 1) Wobei die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit und nicht die Berufsbezeichnung massgebend ist; vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.180; G r a m m, a.a.O., in: ARBlattei, Tarifliche Eingruppierung I, A; H u e c k - N i p p e r d e y, S.364.
- 2) Vgl. G r a m m, a.a.O., in: ARBlattei, Tarifliche Eingruppierung I, A.
- 3) Vgl. H u e c k - N i p p e r d e y, S.364; G r a m m, a.a.O., in: ARBlattei, Tarifliche Eingruppierung I, A.
- 4) Vgl. § 15 A II 2 des Manteltarifvertrages für die gewerblichen ArbN der bayrischen Metallindustrie v.l.9.59.
- 5) Gem. § 15 A III des Manteltarifvertrages sind das solche ArbN, die weder die Beschäftigung eines gelernten noch die eines angelernten ArbNs ausüben.

festgelegt,¹⁾ und daraus lässt sich ablesen, welchem engeren Pflichtenkreis dieser ArbN zuzurechnen ist. Er hat dann die Sorgfalt aufzubringen, die von einem ordentlichen und durchschnittlichen ArbN dieses Pflichtenkreises zu erwarten ist.²⁾

Beantwortet man die Frage, was die im Einzelfall erforderliche Sorgfalt ist, auf diese Weise, so werden die Anforderungen an den einzelnen ArbN nicht in lebensfremder Weise überspannt, denn, wie gesehen, kann sich auf diese Weise bei gleichem Tatbestand für die Schlechterfüllung des einen ArbNs eine Verneinung der Fahrlässigkeit ergeben, während sie bei einem anderen ArbN - der einem anderen Pflichtenkreis angehört - zu bejahen wäre.³⁾ Ausserdem bleibt der objektive Sorgfaltsbegriff bei dieser Art der Lösung erhalten, denn das, was im Einzelfall an Sorgfalt erforderlich ist - somit die Haftung oder Nichthaftung - wird ohne Rücksicht auf die persönlichen Fähigkeiten des Handelnden bestimmt; lediglich die durchschnittlichen Fähigkeiten eines engeren Personenkreises werden zur Beurteilung herangezogen.

1) Vgl. S.6 der Abhandlung.

2) So auch D e r s c h, a.a.O., in: BB 56, S.501; Staudinger-Nipperdey - N e u m a n n, § 611, Anm.147.

3) Im Ergebnis so wie hier D e r s c h, a.a.O., in: BB 56, S.501; H u e c k - N i p p e r d e y, S.209; P a l m e A.: "Die Rechtsfolgen der Schlechtleistung des Arbeitnehmers", in: BlStSozArbR 57, S.27 ff. (S.28); B e l o w, a.a.O., S.652; Staudinger-Nipperdey - N e u m a n n, § 611, Anm.147; a.A. ist das LAG Düsseldorf in seinem Urteil vom 8.2.1956 - in: BB 56, S.380 - wo es heisst: "Das Risiko, ob ein angestellter ArbN den an ihn gestellten Anforderungen entspricht, trifft ihn selbst nur insofern, als er gegebenenfalls seines Arbeitsplatzes durch ordentliche Kündigung verlustig gehen kann; ein infolge Einstellung eines ungeeigneten ArbNs entstehender Schaden muss aber grundsätzlich vom ArbG selbst getragen werden. Es handelt sich dabei um ein typisches Unternehmerrisiko",

bb) Einführung eines arbeitsrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriffes ?

Nunmehr ist zu untersuchen, ob für die Schlechterfüllung eines ArbNs an dem Begriff der Fahrlässigkeit, so wie er für das Zivilrecht gilt festzuhalten ist, d.h. der ArbN jede Fahrlässigkeit zu vertreten hat oder ob ein ArbN grundsätzlich nur für grobe Fahrlässigkeit einzustehen hat, bzw. ob für das Arbeitsvertragsrecht ein besonderer Begriff der Fahrlässigkeit zu prägen ist.

bba) Das L A G S t u t t g a r t war der Auffassung, dass ein ArbN grundsätzlich nur für grobe Fahrlässigkeit einzustehen habe.

Diese Ansicht wurde von ihm in seiner Entscheidung vom 17.9.1954¹⁾ vertreten. Es heisst dort: "Der ArbN haftet nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit; die Anerkennung des Arbeitsvertrages als ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis hat zur Folge, dass die schuldrechtlichen Vorschriften des BGB über den Dienstvertrag nicht mehr direkt angewendet werden können. Es ist in jedem Fall zu prüfen, ob seine Rechtsnatur deren Anwendung zulässt oder nicht. Im Falle der Schadenshaftung des ArbNs ist dies zu verneinen. Die Rechtslücke ist durch entsprechende Anwendung des Art.34 GG zu schliessen."

In diesem Urteil wird eine Auffassung vertreten, die mit dem geltenden Recht nicht in Einklang zu bringen ist. Ausserdem begründet das LAG Stuttgart seine Ansicht auch noch in mehr als mangelhafter Art und Weise.

1) Vgl. AP Nr.2 zu § 611 "Haftung des Arbeitnehmers" (=BGHZ 16, 111 ff.) - Zuvor hatte das LAG Stuttgart bereits in seinem Urteil vom 16.6.54 - in: DB 54, S.867 - die Behauptung aufgestellt, dass der bürgerlichrechtliche Grundsatz, dass der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten habe, bei der Schadenshaftung des ArbNs auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzuschränken sei.

Zum einen handelt es sich hier überhaupt nicht um die Frage, ob die schuldrechtlichen Vorschriften des BGB über den Dienstvertrag direkt auf den Arbeitsvertrag angewendet werden können, sondern nur darum, ob § 276, also ein Paragraph des allgemeinen Teils des Schuldrechts des BGB, als Massstab für das Verschulden des ArbNs herangezogen werden kann.

Zum anderen wenden Lehre und Rechtsprechung die Vorschriften des BGB nicht unbesehen auf den Arbeitsvertrag an, denn sie berücksichtigen immer, dass der Arbeitsvertrag personenrechtliche Züge aufweist und prüfen daher vor Anwendung der Bestimmungen des BGB stets, ob diese mit der personenrechtlichen Struktur des Arbeitsvertrages vereinbar sind oder nicht.¹⁾ Mit dem Wesen des Arbeitsvertrages nicht vereinbaren lässt sich dagegen die Heranziehung des Art.34 GG. Diese Bestimmung kann zur Lösung des Problems deshalb nicht herangezogen werden, da auf diese Weise eine lediglich für einen ganz speziellen Fall getroffene Regelung, die eine tatbestandsmässige Ausnahme darstellt, verallgemeinert würde.²⁾

Das LAG stützt seine Auffassung auf zwei Autoren, und zwar auf D e n e c k e³⁾ und F r e y.⁴⁾ Es übersieht aber dabei, dass beide nicht so weit gehen, zu sagen, dass schuldhaftes Handeln eines ArbNs grundsätzlich nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz vorliege, leichtfahrlässiges Handeln hingegen keine Haftung auslöse. So heisst es z.B. bei D e n e c k e : "Der ArbG wird die mit der Her-

1) Vgl. S. 18 der Abhandlung.

2) So auch H u e c k in der Anmerkung zu dem Urteil des LAG Stuttgart, in: AP Nr.2 zu § 611 "Haftung des Arbeitnehmers".

3) D e n e c k e, a.a.O., in: RdA 52, S.209 ff., sowie in RGR Kommentar, 10.Auflage, Berlin 1953, Anm.III, 4 zu § 611.

4) F r e y, a.a.O., in: AuR 53, S.7 ff.

anziehung von ArbNn mehr oder weniger unvermeidbaren Schäden selbst tragen müssen und nur wenn das Mass solcher Nachlässigkeit über den Durchschnitt hinausgeht, wird eine Heranziehung des ArbNs zum Schadensausgleich gerechtfertigt sein."¹⁾ Ähnlich F r e y : "wer wirtschaftliche Vorteile daraus zieht, dass andere für ihn arbeiten, muss auch die dabei entstehenden Nachteile tragen. Es müssen besondere Umstände vorliegen, die eine Haftung begründen, nicht um sie auszuschliessen."²⁾

Sowohl D e n e c k e als auch F r e y gehen also nicht so weit, einen neuen Begriff der Fahrlässigkeit für das Arbeitsrecht zu prägen. Sie vertreten lediglich die Auffassung, dass nicht besondere Umstände erforderlich sind, um den ArbN von jeder Haftung für leichte Versehen zu befreien und den ArbG zum Schadensausgleich heranzuziehen, sondern vielmehr umgekehrt, besondere Umstände vorliegen müssen, um eine Heranziehung des ArbNs zum Schadensausgleich zu rechtfertigen.^{3) 4)} Ähnlich wie diese beiden Autoren entschied auch das LAG Frankfurt in seinem Urteil vom 17.9.1952,⁵⁾ wo es

1) D e n e c k e, a.a.O., III, 4 vor § 611.

2) F r e y, a.a.O., in: AuR 53, S.9.

3) So auch R o e s c h H.: "Die Haftpflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber", in: BlStSozArbR 50, S.249; sowie LAG Düsseldorf, in: AP 51, Nr.255.

4) Während D e n e c k e auch in seiner neuesten Stellungnahme an dieser Auffassung festhält - vgl. D e n e c k e, in: RGR Kommentar, 11.Auflage, Berlin 1959, Anm.18 vor § 611 - ist F r e y heute der Meinung, dass man abwägen müsse, was adäquat kausal sei, die objektiven Elemente oder das subjektive Moment; vgl. F r e y Erich: "Die unzureichende Arbeitsleistung (Schlechterfüllung) als Gegenstand der Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers", in: BB 60, S.411 ff. (S.411). Im übrigen versuchen sowohl D e n e c k e als auch F r e y - wie in Anm.2 auf S.30 der Abhandlung erwähnt - eine Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung derart zu erreichen, dass sie das objektive Verschuldensprinzip aufgeben; vgl. D e n e c k e, a.a.O., in: RdA 52, S.212; F r e y, a.a.O., in: AuR 53, S.9.

5) DB 52, S.932; ähnlich auch das LAG Mannheim, in: ARSt VIII, Nr.747.

heisst: "Es müssen besondere Umstände gegeben sein, um eine Haftung des ArbNs zu begründen, diese Umstände können dann auch einen Schadensausgleich rechtfertigen."

Das Urteil des LAG Stuttgart ist allenthalben auf Ablehnung gestossen.¹⁾ Nur einige wenige Untergerichte sind der in diesem Urteil vertretenen Rechtsauffassung gefolgt, und zwar derart, dass sie den Tenor der Entscheidung insoweit, als es da heisst, "der ArbN haftet dem ArbG nur für Schaden aus grobfahrlässigem Verschulden", übernahmen, ohne sich selber weiter mit diesem Problem zu befassen.²⁾

Interessanterweise führt das LAG Stuttgart in einem anderen Urteil³⁾ aus: "Ein Haftungsausschluss oder eine Haftungsbeschränkung des ArbNs erscheint aus dem das Arbeitsverhältnis kennzeichnenden Betriebsrisiko sowie der Fürsorgepflicht des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Mit der Rechtsprechung des BGH ist sowohl bei fahrlässigem sowie bei grobfahrlässigem Verschulden des ArbNs anzunehmen, dass nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen ist, ob ein ganzer oder teilweiser Haftungsausschluss gerechtfertigt erscheint, bzw. dass es von den Umständen des einzelnen Schadensfalles abhängt, ob und inwieweit eine Schadenshaftung des ArbNs aus der Fahrlässigkeit des § 276 BGB eintritt". Dieses Urteil lässt darauf schliessen, dass das LAG Stuttgart sich von seiner in dem Urteil vom 17.9.1954 vertretenen Rechtsansicht distanziert.

-
- 1) Vgl. H u e c k in der Anmerkung zu AP Nr.2 zu § 611 "Haftung des Arbeitnehmers"; D e r s c h, a.a.O., in: BB 56, S.502; BGH in: AP Nr.1 zu § 611 "Haftung des Arbeitnehmers"; BAG in: BAG 5, 1 ff.; sowie in DB 59, S.323.
- 2) Vgl. LAG Hamburg, in: ARSt XV, Nr.452; XVI, Nr.82; XVII, Nr.559; ArbG Weiden, in: ARSt XV, Nr.692; ArbG Wilhelmshaven, in: ARSt XVI, Nr.305.
- 3) In: DB 56, S.92.

bbb) Für eine Abänderung des Fahrlässigkeitsbegriffes für den Bereich des Arbeitsrechts tritt auch S t e i n d o r f f in seinem Aufsatz "Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers" ein.¹⁾

Er vertritt die Auffassung, dass die Anspannung des Sorgfaltsbegriffes ohne Rücksicht auf unvermeidbare gelegentliche Abirrungen an eine Garantie- oder Gefährdungshaftung herankäme und es bei der Lösung des Problems der Arbeitnehmer-Haftung um die Frage der Abgrenzung zwischen Schuld- und Gefährdungshaftung gehe.²⁾ Er will daher den Fahrlässigkeitsbegriff im Arbeitsrecht dahingehend revidieren, dass er ihn enger fasst und alle die Fälle ausklammert, in denen der Schaden unvermeidbar war. Er sagt: "Die Haftung der ArbN hängt ausschliesslich davon ab, ob sich ihre Schadensstiftung als typische Abirrung einer Dienstleistung erweist. Ist sie das, so braucht der ArbN den verursachten Schaden nicht zu tragen. Ist sie das nicht, so muss er voll für den Schaden eintreten."³⁾ Er ist der Ansicht, dass auf diese Weise auch eine Vereinfachung der Frage, ob und in welchem Umfang der ArbN im Einzelfalle hafte, eintrete, da so das ganze Problem des Schadensausgleichs ausgeschaltet werde.

Es dürfte wohl nicht richtig sein, den Begriff der Fahrlässigkeit, so wie er im BGB festgelegt ist, derart zu revidieren, wie es hier geschieht. Wie gesehen, finden auf den Arbeitsvertrag grundsätzlich die Vorschriften des BGB Anwendung, und nur soweit die personenrechtliche Struktur des Vertrages es erfordert, ist das nicht der Fall. Um eine derartige Abänderung handelt es sich hier aber nicht, son-

1) S t e i n d o r f f Ernst; "Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers", in: JZ 59, S.1 ff.

2) Vgl. S t e i n d o r f f , a.a.O., in: JZ 59, S.6.

3) Vgl. S t e i n d o r f f , a.a.O., in: JZ 59, S.7.

dern um die Prägung eines neuen Begriffes der Fahrlässigkeit für das Arbeitsrecht. Die Einführung eines völlig anderen Begriffes dürfte aber doch wohl nur mit Hilfe einer gesetzlichen Vorschrift möglich sein.¹⁾ Ausserdem erscheint die Begründung Steindorffs für die Veränderung des Fahrlässigkeitsbegriffes nicht überzeugend. Es handelt sich bei ihm nicht um eine Abänderung des Begriffes, die auf Grund der personenrechtlichen Struktur des Arbeitsvertrages bedingt ist, sondern die Abänderung ist letztlich in der mit manchen Dienstleistungen verbundenen Gefahr begründet.²⁾ Ausserdem dürfte die Auffassung Steindorffs, dass auf diese Weise eine Vereinfachung der Untersuchung bei fahrlässiger Schadenszufügung durch einen Arbeitnehmer herbeigeführt werde, nicht zutreffend sein, denn die Prüfung der Frage, ob eine Dienstleistung gefahrbehaftet ist oder nicht, entfällt auf diese Weise nicht. Sie erfolgt lediglich an anderer Stelle, nämlich bei der Beantwortung der Frage, ob die im Verkehr erforderliche Sorgfalt von dem betreffenden Arbeitnehmer aufgewandt wurde oder nicht.

bbc) Ebenso wie Steindorff vertritt auch S c h e u e r l e in seinem Aufsatz "Der arbeitsrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff und das Problem des innerbetrieblichen Schadensausgleichs"³⁾ die Auffassung, dass ein besonderer arbeitsrechtlicher Fahrlässigkeitsbegriff festzulegen sei.

Er ist der Ansicht, dass ein Schaden, auch ein schwerer, jedem unterlaufen kann und dass gegen eine im allgemeinen verlässliche, treue, genaue, arbeitsfreudige oder

1) So auch in ähnlichem Zusammenhang D e r s c h Hermann; "Die Entwicklungstendenzen im Arbeitsrecht unter Abweichung vom BGB", in: RdA 58, S.441 ff. (S.443).

2) Vgl. S t e i n d o r f f, a.a.O., in: JZ 59, S.6.

3) S c h e u e r l e: "Der arbeitsrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff und das Problem des innerbetrieblichen Schadensausgleich", in: RdA 58, S.247 ff.

langjährige Arbeitskraft kein Anspruch zuzulassen sei, wenn nicht das konkrete Tun ein ganz Ungewöhnliches ist.¹⁾

Auch ihm lässt sich entgegenhalten, dass sich die Prägung eines völlig anderen Fahrlässigkeitsbegriffes für den Sektor des Arbeitsrechts nicht rechtfertigen lässt.²⁾ Ganz abgesehen davon, dass auf Grund der Ausführungen Scheuerles nicht ersichtlich ist, wie nun der von ihm erstrebte "arbeitsrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff" lauten soll. Im übrigen hat man auch gar nicht den Eindruck, dass er - entgegen der von ihm gebrauchten Formulierung - einen eigenen arbeitsrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriff finden möchte. Seine Ausführungen erwecken vielmehr den Anschein, als ob das, was er anstrebt, nichts anderes ist als eine spezielle Auslegungsart dessen, was in diesen Fällen unter der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, d.h. also der Fahrlässigkeit, zu verstehen ist.

bbd) Für eine Einengung des Fahrlässigkeitsbegriffes auf grobe Fahrlässigkeit treten praktisch auch noch B u t z³⁾ und B e l o w⁴⁾ ein.

Beide Autoren behaupten zwar, dass sie der Ansicht seien, dass ein ArbN grundsätzlich auch für leichte Fahrlässigkeit einzustehen habe, sind dann aber der Auffassung, dass bei einer häufig zum Schaden tendierenden Tätigkeit und geringer Unachtsamkeit des ArbNs die "Vorwerfbarkeit" zu verneinen sei.⁵⁾

Dem lässt sich entgegenhalten, dass das Verneinen der Vorwerfbarkeit in diesen Fällen doch nichts anderes ist

1) S c h e u e r l e, a.a.O., in: RdA 58, S.252,253.

2) So auch D e r s c h, a.a.O., in: RdA 58, S.442,443.

3) B u t z Hans: "Schadenshaftung des Arbeitnehmers", in: DB50, S.614.

4) B e l o w, a.a.O., S.656.

5) Vgl. B u t z, a.a.O., in: DB 50, S.614; B e l o w, a.a.O., S.656.

als das Verneinen des Vertretenmüssens einer leicht fahrlässigen Handlung bei einer zum Schaden tendierenden Tätigkeit, mit der Folge, dass wenn man - wie die beiden Autoren - der Auffassung ist, dass ein ArbN grundsätzlich für jede Fahrlässigkeit einzustehen habe, man auch in diesen Fällen zu einer Bejahung der Haftung gelangen muss.

bc) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich sagen: Der Begriff der Fahrlässigkeit ist, so wie er in § 276 BGB festgelegt ist, in das Arbeitsrecht zu übernehmen, d.h. der ArbN hat jede Fahrlässigkeit zu vertreten.¹⁾ Es fehlt an einer speziellen arbeitsrechtlichen Vorschrift, die etwas anderes bestimmt, und auch aus der personenrechtlichen Struktur des Arbeitsvertrages ergibt sich nichts Gegenteiliges.²⁾

Eine gewisse Beschränkung der Haftung des ArbNs lässt sich dadurch erreichen, dass man den Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sehr elastisch anwendet, so dass man auf diese Weise im Einzelfall bei einem ArbN zu einer Verneinung der Haftung gelangen kann, wo sie bei gleichem Tatbestand bei einem anderen ArbN aber eventuell noch zu bejahen wäre.

Auf diese Weise lassen sich aber nur die Fälle aus der Haftung ausklammern, in denen an einen ArbN zu hohe Anforderungen gestellt wurden. So kann z.B. einem ArbN der als

-
- 1) So wie hier BAG, in DB 59, S.323; BB 59, S.884; BGHZ 16, 111 ff. (119); Hueck - Nipperdey, S.209; Gaul Dieter: "Zur Haftung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit", in: DB 58, S.1011 ff. (S.1015); Meinerth: "Zur Frage der Haftung bei schadensgeneigter Arbeit unter Berücksichtigung der Gefährdungshaftung", in: DB 58, S.1328; Staudinger-Nipperdey - Neumann, § 611 Anm.147.
 - 2) Vgl. Urteil des BAG vom 8.12.58, in: AP Nr.1 zu § 276 BGB (= DB 59, S.323), sowie Urteil des BAG vom 19.3.59 in: AP Nr.8 zu § 611 "Haftung des Arbeitnehmers" (= BB 59, S.884.)

ungelernter Arbeiter beschäftigt ist und von dem in einem speziellen Fall die Leistung eines Facharbeiters verlangt wurde, dann kein Schuldvorwurf gemacht werden, wenn sich ergibt, dass von diesem ArbN die für den Verkehrskreis der ungelerten Arbeiter erforderliche Sorgfalt angewandt wurde.

Dagegen kann so keine Nichthaftung eines ArbNs in den Fällen erreicht werden, die den Anstoss zu der Entstehung dieser Problematik gegeben haben, nämlich die, in denen z.B. ein angestellter Kraftfahrer leicht fahrlässig einen Verkehrsunfall verschuldet. Wenn festgestellt wird, dass im konkreten Fall der ArbN die Vertragsverletzung hätte vermeiden können, so trifft ihn eben der Vorwurf der Fahrlässigkeit.¹⁾ Daran kann auch die Tatsache nichts ändern, dass der ArbN sonst sehr zuverlässig und gewissenhaft war und dass so etwas jedem einmal passieren kann; denn wenn die Verletzung im konkreten Fall von ihm hätte vermieden werden können, so hat er eben nicht die erforderliche Sorgfalt aufgewandt und hat die Verletzung gem. § 276 BGB zu vertreten.

Das gleiche gilt für die Fälle der ganz leichten Fahrlässigkeit, in denen ausserdem nur ein geringfügiger Schaden eingetreten ist; so z.B. bei einem Geschirrabwäscher, der einmal einen Teller zerschlägt. Auch in einem derartigen Fall lässt sich die Haftung des ArbNs nicht ausschliessen, indem man sagt, 'es liegt ein vom ArbN nicht zu vertretendes Unglück vor, das auf der menschlichen Unvollkommenheit beruht', denn letztlich ist in den meisten Fällen

1) Dass der Schaden im konkreten Fall hätte vermieden werden können, ist ja gerade das charakteristische dieser Fälle. So liest man in den einschlägigen Urteilen immer wieder Wendungen wie: "... dass auch einmal einem gewissenhaften ArbN Fehlgriffe unterlaufen, die zwar für sich allein betrachtet jedesmal vermeidbar sind..." So z.B. RAG, in: ARS 41, 55 ff.; BAG 5, 1 ff. (7).

der leichten Fahrlässigkeit 'menschliche Unvollkommenheit' die Ursache.

Als Ergebnis ist daher für diese Fälle festzuhalten: Stellt man fest, der ArbN hätte im konkreten Fall durch Anwendung der für seinen Verkehrskreis erforderlichen Sorgfalt die Fehlleistung vermeiden können, so löst dies grundsätzlich die Haftung des ArbNs aus.

Eine ganz andere - noch zu untersuchende¹⁾ - Frage ist allerdings, ob der ArbN in einem derartigen Fall nicht unter Umständen von seiner Haftung freigestellt werden kann.

3. Eintritt eines Schadens

Die rechtswidrige, schuldhaft schlechterfüllung eines ArbNs hat aber nur dann eine Ersatzpflicht zur Folge, wenn dem ArbG ein Schaden²⁾ entstanden ist und zwischen Schlechterfüllung und Schaden ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Wann im Einzelfall dieser ursächliche Zusammenhang zwischen Schlechtleistung und Schaden zu bejahen ist, bestimmt sich nach der im Zivilrecht herrschenden Lehre von der adäquaten Verursachung.³⁾

Da sich im Zusammenhang mit der vorliegenden Untersuchung insoweit keine Besonderheiten ergeben, ist auf diese Fragen hier nicht näher einzugehen.

1) Vgl. S.46 der Abhandlung.

2) Bezüglich dessen, was als Schaden im Sinne des Schadenersatzrechts anzusprechen ist, vgl. ausführlich L a r e n z, S.122 ff., und E n e c c e r u s - L e h m a n n, S.58 ff., sowie die dort zitierte Literatur.

3) Vgl. BGHZ 3, 267.

II. Möglichkeiten zur Herabsetzung des Umfanges der Haftung des ArbNs trotz Verschulden

Nachdem untersucht wurde, wann eine Haftung des ArbNs infolge der Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages eintreten kann, ist darauf einzugehen, ob der ArbN stets in vollem Umfange ersatzpflichtig wird oder ob unter Umständen eine Herabsetzung des Umfanges seiner Haftung bzw. seine völlige Freistellung erfolgen kann, obwohl er die Schlechtleistung zu vertreten hat.

1. Mitverschulden des ArbGs

Eine Herabsetzung des Umfanges der Ersatzpflicht des ArbNs kann erfolgen, wenn den ArbG ein Mitverschulden an der Schadensentstehung trifft. Ist das der Fall, so hat der ArbG unter Umständen einen Teil des ihm entstandenen Schadens gem. § 254 BGB selbst zu tragen.

Ein solches zu Ungunsten des ArbGs zu berücksichtigendes Mitverschulden kann z.B. vorliegen, wenn der ArbG die notwendigen Kontrollen, Beaufsichtigungen, Überwachungen oder Überprüfungen nicht ausübt;¹⁾²⁾ wenn er dem ArbN nicht die für seine Arbeit erforderlichen Informationen erteilt;³⁾ wenn der ArbG schuldhaft schlechtes Material zur Verfügung stellt oder Maschinen laufen lässt, die nicht

-
- 1) Vgl. RAG in: ARS 22, 128; LAG Mannheim, in: AP 53, Nr.28; LAG Düsseldorf, in: DB 52, S.992; DB 55, S.536; DB 56, S.400; ArbG Kiel, in: ARSt XXII, Nr.310.
 - 2) Wobei an die Überwachungspflicht in einem Grossbetrieb andere Anforderungen zu stellen sind, als an die eines Handwerkers; vgl. BGH, in: BB 58, S.7. Ferner besteht gegenüber einzelnen Berufszweigen eine stärkere Verpflichtung zur Überwachung, so z.B. gegenüber Kraftfahrern, vgl. z.B. BGH in: BB 56, S.802; BB 56, S.1120.
 - 3) Vgl. LAG Mannheim, in: AP 53, Nr.28.

in Ordnung sind und diese Missstände trotz Hinweis nicht abstellt;¹⁾ wenn er einen ArbN an einer Spezialmaschine beschäftigt, obwohl er weiss, dass dieser nicht dafür ausgebildet ist;²⁾ wenn er einem ArbN zuviel Arbeit zuweist, obwohl er weiss, dass er nicht in der Lage ist, soviel zu bewältigen;³⁾ wenn der ArbG schlechte Arbeiten des ArbNs nicht rügt.⁴⁾

In all diesen Fällen ist der ArbN, wenn er rechtswidrig schuldhaft schlechterfüllt, in der Regel⁵⁾ nicht voll schadenersatzpflichtig. Der Umfang der Beschränkung der Ersatzpflicht ergibt sich aus den Umständen des einzelnen Falles, und diese können je nach dem zu einer teilweisen oder in seltenen Fällen sogar zu einer völligen Freistellung des ArbNs führen.⁶⁾

- 1) Vgl. B e l o w , a.a.O., S.657; H u e c k - N i p p e r d e y , S.212; N i k i s c h , S.270.
- 2) Vgl. LAG Hamm, in: AP 51, Nr.75; LAG Düsseldorf, in: BB 56, S.817.
- 3) Vgl. H u e c k - N i p p e r d e y , S.212, ArbG Göppingen, in: ARSt XI, Nr.67, das allerdings unzutreffend mit kein Verschulden bedingenden Risikoerwägungen argumentiert - ähnlich, wenn ein Kraftfahrer vom ArbG auf Dienstfahrt geschickt wird, obwohl dieser weiss, dass der ArbN den Führerschein erst ein halbes Jahr besitzt und nur geringe Fahrpraxis hat; vgl. LAG Hannover, in: BB 58, S.841.
- 4) Vgl. ArbG Heidelberg, in: ARSt XVII, Nr.669; ArbG Kiel, in: ARSt XXIII, Nr.76.
- 5) Hat der ArbN vorsätzlich schlechterfüllt, so kann er in der Mehrzahl der Fälle den Schaden nicht auf den nur fahrlässig bei der Entstehung des Schadens mitwirkenden ArbG abwälzen; vgl. RAG, in: DJ 1938, S.511; sowie RG, in: RGZ 76, 313 ff. (323); 78, 389 ff. (394); 130, 1 ff. (6); 143, 48 ff. (57); 148, 48 ff. (58); 162, ff. (208). Vgl. auch S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , in der Besprechung zu dem Urteil des BGH vom 5.12.58, in: ZgGenW 60, S.58, in der er darlegt, dass auch Fälle möglich sind, in denen trotz Vorsatz des Handelnden die nur fahrlässige Mitwirkung des Geschädigten zu berücksichtigen ist.
- 6) So z.B. in einem Fall, wo der ArbG die Leistungsschwäche des ArbNs positiv kannte und er ihn trotzdem nicht be-

Trifft das Mitverschulden nicht den ArbG selbst, sondern einen seiner Erfüllungsgehilfen, findet ebenfalls eine Verteilung der Ersatzpflicht gem. § 254 BGB statt.¹⁾

2. Schadensausgleich

Im folgenden ist zu prüfen, ob für den ArbN eine Herabsetzung des Umfanges seiner bestehenden Ersatzpflicht, bzw. seine völlige Freistellung nicht auch unter Umständen dann erfolgen kann, wenn der ArbN die Schlechtleistung allein zu vertreten hat.

Diese Überlegung ist erforderlich, weil - trotz der elastischen Auslegung dessen, was im Einzelfall die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist - Fälle übrig bleiben, in denen das Vertretenmüssen des ArbNs bejaht werden muss, seine Haftung in vollem Umfange aber unbillig erscheint.²⁾

In diesen Fällen kann unter Umständen der Schadensausgleich einsetzen. Sinn und Zweck dieses Institutes ist es, die durch die schematische "alles-oder nichts"-Regelung der positiven Forderungsverletzung entstehenden Härtefälle

aufsichtigte, so dass der ArbN - obwohl er sein Bestes gab - Schaden anrichtete; vgl. ArbG Heide, in: ARSt XI, Nr.577; ebenso haftete der ArbG in einem Fall allein, in dem der ArbN seine mangelnde konkrete Erfahrung bekannte und den ArbG vergeblich um sachkundige Hilfe bat; vgl. LAG Düsseldorf, in: BB 56, S.817. Des weiteren wurde die Alleinhaftung eines ArbGs vom LAG Bremen - BB 56, S.817 - in einem Fall bejaht, wo der ArbG in Kenntnis der fachlichen Mindereignung des ArbNs diesem nicht die nötigen besonderen Hilfsmittel zur Verfügung stellte.

- 1) Dies gilt nach h.M., obwohl § 278 BGB nur im Absatz II des § 254 BGB angeführt ist, für jeden Fall des Mitverschuldens; vgl. BGHZ 1, 248 ff.; 3, 46 ff.
- 2) So z.B. wenn ein Ausfahrer eines Warenhauses in einer Grossstadt während der Hauptverkehrszeit einen Verkehrsunfall fahrlässig verschuldet und ein verhältnismässig

der Haftung eines ArbNs in ihrem Umfange zu mildern. mit Hilfe des Schadensausgleichs soll eine den tatsächlichen Gegebenheiten des Einzelfalles angemessene Abstufung des Umfanges der Ersatzpflicht des ArbNs erreicht werden.

Im folgenden ist daher zu untersuchen, was unter Schadensausgleich im Rahmen dieser Abhandlung zu verstehen ist, dann die rechtliche Begründung dieses Institutes und schliesslich wann und in welchem Umfange er eintritt.

a) Was ist Schadensausgleich?

Das Wort "Schadensausgleich" sagt bereits, um was es sich hier handelt, nämlich um eine Aufteilung in der Tragung des Schadens.

Das Problem ist also - um es noch einmal zu wiederholen - kein Problem des Verschuldens, sondern der Herabsetzung des Umfanges der Haftung.¹⁾ Hier wird nicht die Verantwortlichkeit des ArbNs, sein Vertretenmüssen, beseitigt, sondern vielmehr geht es darum, gerade bei vorhandenem Verschulden eine Befreiung oder Milderung des Umfanges der Haftung zu erreichen.

Es ist aus diesem Grunde irreführend, wenn vielfach zu lesen ist, dass in diesen Fällen die Haftung des ArbNs ausgeschlossen oder beschränkt werde.²⁾ Bei dieser Formu-

grosser Sachschaden an dem Fahrzeug des ArbGs entsteht. In diesem Fall haftet der ArbN für seine Schlechterfüllung, denn er hat einen Verkehrsunfall rechtswidrig, schuldhaft herbeigeführt, mit der Folge, dass er an sich für den Schaden in vollem Umfange einzustehen hätte; vgl. auch S.42 der Abhandlung.

- 1) Vgl. D e r s c h in der Anmerkung zu dem Urteil des LAG Bremen, in: RdA 51, S.75 ff. (S79).
- 2) Vgl. z.B. H u e c k - N i p p e r d e y, S.213; D e r s c h, a.a.O., in: BB 56, S.503; G a u l, a.a.O., in: DB 58, S.1011; Staudinger-Nipperdey - N e u - m a n n, § 611 Anm.148; BAG 5, 1 ff. (7).

lierung könnte man nämlich glauben, dass mit Hilfe des Schadenausgleichs die Haftung des ArbNs als solche verändert wird. Das ist aber gerade nicht der Fall. Es dürfte daher besser sein zu sagen, der ArbN wird unter Umständen von seiner an sich bestehenden Haftung freigestellt, bzw. der Umfang seiner Haftung wird herabgesetzt.

S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d trifft für das Institut des Schadenausgleichs - bzw. des Schadenersatzausschliessungsgrundes,¹⁾ wie es bei ihm heisst - einen sehr treffenden Vergleich, indem er der Auffassung ist, dass es sich hier um ein zivilrechtliches Entsprechungsstück zu den sogenannten Strafausschliessungsgründen des Strafrechts handele.²⁾ Diese Strafausschliessungsgründe beseitigen nämlich ebenfalls weder den Tatbestand noch die Rechtswidrigkeit noch die Schuld des Täters, sondern bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen findet lediglich eine Bestrafung des Täters nicht statt.³⁾ Und ähnlich verhält es sich bei dem Schadenausgleich, der unter Umständen bei der Schlechtleistung eines ArbNs einsetzt. Hier wird auch weder die Tatsache, dass der ArbN schlechterfüllt hat noch sein Vertretenmüssen beseitigt, aber unter gewissen Voraussetzungen kann der Umfang seiner Ersatzpflicht bis zur völligen Freistellung gemildert werden.

b) Rechtliche Begründung des Schadenausgleichs

Im folgenden ist zu untersuchen, auf welche Weise sich das Institut des Schadenausgleichs rechtlich begründen lässt.

-
- 1) Vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , a.a.O., in: RdA 58, S.208.
 - 2) Vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , a.a.O., in: RdA, S.208, Anm.50.
 - 3) Vgl. §§ 247 II; 248a III; 257 StGB; M a u r a c h Rein-

ba) Überblick über die verschiedenen Begründungen

Das BAG führte dazu aus:¹⁾ "Die Beschränkung der Haftpflicht des ArbNs ergibt sich aus den das Arbeitsverhältnis beherrschenden Treue- und Fürsorgepflichtgedanken, mit denen es sich nicht vertrüge, dass der ArbG den ArbN mit Schäden und Ersatzansprüchen belasten würde, die sich aus der besonderen Gefahr und der Eigenart der ihm übertragenen Arbeit ergeben und als solche zum typischen Betriebsrisiko gehören, auch wenn sie im Einzelfall vom ArbN fahrlässig herbeigeführt worden sind."

Ist dieser Begründung im Ergebnis auch in etwa zuzustimmen,²⁾ so muss im Rahmen dieser Abhandlung doch etwas ausführlicher auf die rechtliche Begründung dieses Instituts eingegangen werden, denn schliesslich handelt es sich hierbei um eine nicht gerade alltägliche Institution. Dazu kommt, dass der Gedanke des Schadensausgleichs zwar schon seit Jahren vor den Gerichten praktiziert wird, dass aber die rechtliche Begründung dieses Instituts ebenso unterschiedlich ist wie die Auffassungen zu den übrigen Punkten dieses Problemkreises.

Der BGH³⁾ und ein grosser Teil der Lehre⁴⁾ sind ebenso wie das BAG der Ansicht, dass der Schadensausgleich auf Grund der das Arbeitsrecht beherrschenden Treu- und Für-

hart, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Karlsruhe 1959, S.204.

1) Urteil des BAG vom 25.9.57, in: AP Nr.22 zu §§ 898, 899 RVO = BAG 5, 1 ff. (8).

2) Vgl. S.56 der Abhandlung.

3) BGHZ 16, 111 ff. (116).

4) Hueck - Nipperdey, S.212, 213; Nikisch, S.269; Ennecerus - Lehmann, S.620; Haberkorn H.: "Haftung für den fahrlässig verursachten Arbeitsunfall des Arbeitskameraden bei gefahrgeneigter Arbeit, in: BetrVerf, 58, S.221.

sorgepflicht stattzufinden habe. Liest man aber die zitierten Entscheidungen, so kann man sich des Gefühls nicht erwehren, dass die Gedanken der Fürsorge- und Treupflicht auf dem besten Wege sind, auf dem Bereich des Arbeitsrechts ebenso strapaziert zu werden wie Treu und Glauben im Zivilrecht. Diese Gedanken müssen nämlich zur Begründung brauchbarer Ergebnisse immer dann herhalten, wenn man keine anderen zu finden glaubt.¹⁾ Diese Generalklausel der Fürsorge- und Treupflicht ist aber zu unbestimmt, als dass sie für die Begründung des Instituts des Schadensausgleichs dienen kann.²⁾

Auch die Ansicht, dass der ArbG auf Grund seines Unternehmer- oder Betriebsrisikos einen Teil des Schadens zu tragen habe, erscheint zur Begründung weder allein³⁾ noch gekoppelt mit der Fürsorgepflicht⁴⁾ als Begründung des Schadensausgleichs ausreichend.

Abzulehnen ist auch die Auffassung, dass durch die Übertragung der gefahrgeneigten Arbeit von dem ArbG auf den ArbN die Grundlage für eine Art innerbetriebliche Gefährdungshaftung geschaffen werde.⁵⁾

Jede Art von Gefährdungshaftung setzt die Gefahr

-
- 1) Das BAG ist inzwischen in seiner Entscheidung vom 29.3.59 - AP Nr.8 zu § 611 BGB, "Haftung des ArbNs" = BB 59, S.884 - zu diesem Problem, etwas ausführlicher auf die Begründung des Schadensausgleichs eingegangen; vgl. Anm.4 auf S.56 der Abhandlung.
- 2) So auch Frey, a.a.O., in: BB 60, S.411 ff. (412).
- 3) So Staudinger-Nipperdey - Neumann, § 611 Anm.148.
- 4) So BAG, in: BAG 5, 1 ff. (8).
- 5) So z.B. LAG Bremen, in: AP 53, Nr.44; sowie LAG Düsseldorf, in: DB 54, S.744; Meiner: "Zur Frage der Haftung bei schadensgeneigter Arbeit unter Berücksichtigung der Gefährdungshaftung", in: DB 58, S.1328 ff. (S.1329); ähnlich auch Below, a.a.O., S.656, der der Auffassung ist, dass der Gedanke des Handelns auf eigene Gefahr die Mittragung des Schadens durch den ArbG rechtfertigen könne.

einer Rechtsverletzung voraus. Es muss sich dabei um eine spezifische Gefahr von gewisser Intensität und Dauer, die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des schädigenden Erfolgs handeln.¹⁾ Diese Voraussetzung wird aber durch die Übertragung gefahrgeneigter Arbeit auf den ArbN nicht erfüllt. Durch diese Übertragung wird nämlich keine Gefahr im Sinne dieser Haftung geschaffen, es handelt sich hier vielmehr um ein Weniger, nämlich die Schaffung von eventuell gefährlich werdenden Momenten.²⁾ Das aber ist nicht ausreichend, um die Voraussetzung für eine innerbetriebliche Gefährdungshaftung begründen zu können.³⁾

Völlig anders begründet D e r s c h ⁴⁾ den Schadensausgleich. Er setzt mit seiner Begründung ebenfalls an der Übertragung der gefahrgeneigten Arbeit von dem ArbG auf den ArbN ein und sagt: "In der Tatsache, dass ein ArbG typisch gefahrbehaftete Arbeit einem ArbN überträgt, liegt

1) So M e i n e r t , a.a.O., in: DB 58, S.1328.

2) So B e l o w , a.a.O., S.656; G a l p e r i n , a.a.O., in: ARBlattei, Haftung III, B, III, 2, der der Auffassung ist, dass es sich hier lediglich um eine rechtspolitisch begründbare, abstrakte Gefahrenlage handelt.

3) A.A. M e i n e r t , a.a.O., in: DB 58, S.1328, der wohl aber übersieht, dass bereits durch die Übertragung der Arbeit die spezifische Gefahrenlage geschaffen werden muss, soll der ArbG eventuell zur Mittragung des Schadens auf Grund der Gefährdungshaftung verpflichtet werden. Nicht genügt zur Begründung einer derartigen Verpflichtung, wie er zu glauben scheint, dass sich in manchen Fällen im Laufe der Zeit die Arbeit als solche spezifisch gefahrbehaftet erweist; sowie B e l o w , a.a.O., S.657, der zwar der Auffassung ist, dass die Übertragung der gefahrbehafteten Arbeit lediglich die Schaffung von eventuell gefährlich werdenden Momenten bedeutet, der jedoch dann der Meinung ist, dass die Judikatur sich auf dem richtigen Weg befände, wenn sie in diesen Fällen von einer innerbetrieblichen Gefährdungshaftung spreche.

4) D e r s c h : "Arbeitnehmerhaftung bei gefahrbehafteter Arbeit", in: BB 56, S.501 ff.

eine kausale Mitverursachung des späterhin eingetretenen Schadens, die nach den Grundsätzen des § 254 BGB zu einer Verteilung der Schadenstragung und je nach der Lage des Falles sogar zu einer völligen Entlastung des ArbNs berechtigt."¹⁾ Dieser Begründung ist mit Recht entgegengehalten worden, dass eine analoge Anwendung des § 254 BGB erst dann möglich ist, wenn zuvor die Verpflichtung des ArbGs zur Mittragung des Schadens ohne eigenes Verschulden nachgewiesen wurde und dass von Dersch dieser Nachweis nicht erbracht wurde.²⁾

bb) Veranlassung einer Interessengefährdung durch den Arbeitgeber

Besieht man sich den einen Schadensausgleich auslösenden Tatbestand einmal etwas näher, so stellt man fest, dass der Schadensausgleich auf einer Vielzahl von Umständen beruht, die zusammengenommen die Begründung für ihn ergeben.³⁾

-
- 1) D e r s c h , a.a.O., in: BB 56, S.503; ebenfalls mit Hilfe des § 254 BGB begründet auch G a u l, "Die Arbeitsbewertung in ihrer rechtlichen Bedeutung", 2.Aufl., Kassel 1957, den Schadensausgleich. Er ist der Auffassung, dass über § 254 BGB die Schadensneigung zum Grund, Massstab und Schlüssel für den Schadensausgleich werde, G a u l, a.a.O., S.76; es ist auch schon § 254 BGB, kombiniert mit der Fürsorgepflicht, zur Begründung des Schadensausgleichs herangezogen worden, so ArbG Hamburg, in: ARSt XXI, Nr.640.
 - 2) So H u e c k - N i p p e r d e y, in Anm.40 auf S.213; ebenfalls ablehnend B e l o w, a.a.O., S.656, der der Auffassung ist, dass es bedenklich erscheine, dem § 254 BGB schon die bloße Schaffung von eventuell gefährlich werdenden Momenten zur Seite zu stellen und analog zu behandeln.
 - 3) Ähnlich G a l p e r i n , a.a.O., in: ARBlatt, Haftung III, B, 7.

Ausgangspunkt für die Begründung des Schadensausgleichs ist die Übertragung der Arbeit von dem ArbG auf den ArbN. Überträgt der ArbG dem ArbN die Ausführung normaler - nicht gefahrgeneigter - Arbeit, so setzt der ArbG damit lediglich den Beginn zu einem Tätigwerden des ArbNs. Betraut der ArbG dagegen den ArbN mit Arbeiten, die gefahrgeneigt¹⁾ sind, so erzeugt der ArbG zwar nicht die Gefahr einer Rechtsgutverletzung im Sinne einer Gefährdungshaftung,²⁾ wohl aber schafft er, indem er die Möglichkeit des schuldhaften Versagens des ArbNs,³⁾ setzt, die Voraussetzung für die eventuelle Nichtbefriedigung seiner eigenen Interessen, d.h. er veranlasst sie.

Ein derartiges Veranlassen löst, wenn es sich um ein reines Veranlassen handelt, keinerlei Verpflichtung des ArbGs zur Mittragung des Schadens aus, denn es ist dann gleichbedeutend mit Verursachen.⁴⁾ Anders verhält es sich, wenn dem ArbG dieses Veranlassen aus irgendwelchen Gründen zuzurechnen ist. Ist das der Fall, so muss er eine gewisse Hintansetzung seiner eigenen Belange hinnehmen.

bba) Begründet diese Veranlassung eine Verpflichtung zur Mittragung des Schadens ?

Die Frage ist daher, ob sich der ArbG die Setzung der Möglichkeit des schuldhaften Versagens des ArbNs zurechnen lassen muss. Dies ist zu bejahen.

Grund hierfür ist zum einen die unterschiedliche Stellung der Vertragspartner eines Arbeitsvertrages, und

-
- 1) Zu dem Begriff der gefahrgeneigten Arbeit und ihre Abgrenzung gegenüber nicht gefahrgeneigter vgl. S.65 ff. der Abhandlung.
 - 2) Vgl. S.51 der Abhandlung.
 - 3) Vgl. Urteil des BAG vom 29.3.59, in: BB 59, S.884.
 - 4) Vgl. H u b m a n n Heinrich: "Grundsätze über die Interessenabwägung", in: AcP 155, S.85 ff. (S.121).

zwar einerseits der unabhängige ArbG, andererseits der abhängige ArbN. Der ArbN kann sich der Erfüllung seiner Arbeitspflicht nicht mit dem Hinweis entziehen, dass die Arbeit gefahrgeneigt sei, denn er ist verpflichtet, jede Arbeit die innerhalb seines Vertragsverhältnisses liegt, auszuführen, und tut er es nicht, so macht er sich eines Pflichtverstosses gegenüber seinem ArbG schuldig.

Dagegen kann man einwenden, dass der ArbN das Arbeitsverhältnis freiwillig eingehe, er sich also sehr wohl einer solchen Arbeit von vorneherein hätte entziehen können. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass das zwar theoretisch möglich, in vielen Fällen für den ArbN praktisch jedoch überhaupt nicht durchführbar ist, weil das Arbeitsverhältnis - wie z.B. beim Kraftfahrer - nur oder zumindest zum überwiegenden Teil eine gefahrgeneigte Tätigkeit beinhaltet, mit der Folge, dass das Meiden der gefahrgeneigten Tätigkeit für den ArbN gleichbedeutend mit einem Berufswechsel wäre.¹⁾

Die Tatsache, dass sich der ArbN der Erbringung einer gefahrgeneigten Arbeit also vielfach nicht ohne Pflichtverstoss gegenüber dem ArbG entziehen kann, ist einer der Gründe dafür, warum sich der ArbG die Veranlassung der Möglichkeit des schuldhaften Versagens des ArbNs zurechnen lassen muss.

Zum anderen ist die Fürsorgepflicht der Grund dafür, dass dem ArbG diese Veranlassung zuzurechnen ist. Verletzt nämlich der ArbN leichtfahrlässig in Ausführung einer gefahrgeneigten Tätigkeit die Interessen des ArbGs und wird er infolgedessen ersatzpflichtig, so war die Übertragung der gefahrgeneigten Arbeit letztlich die Ursache dafür, dass

1) Bei der seinerzeitigen Berufswahl wird sich der ArbN wohl kaum Gedanken darüber gemacht haben, ob bei der gewählten Tätigkeit die Möglichkeit seines eventuellen schuldhaften Versagens besonders gross ist oder nicht.

der ArbN jetzt haftet. Auf diese Weise ist die Übertragung der gefahrgeneigten Arbeit unter Umständen geeignet, sich nachteilig für den ArbN auszuwirken. Der ArbG ist aber seinerseits auf Grund der Fürsorgepflicht verpflichtet, alles zu unterlassen, was die Interessen des ArbNs zu schädigen geeignet ist.¹⁾ Man könnte also glauben, dass der ArbG auf Grund seiner Fürsorgepflicht überhaupt nicht berechtigt ist, dem ArbN gefahrgeneigte Arbeiten zu übertragen. Eine derartige Überspitzung der Fürsorgepflicht würde aber das Ende jeder betrieblichen Betätigung bedeuten. Es ist daher auch allgemeine Meinung, dass die Fürsorgepflicht des ArbGs ihre Grenzen dort findet, wo es um die Wahrung der Interessen des Betriebes geht.²⁾ Daher ist es dem ArbG möglich, trotz der ihm obliegenden Fürsorgepflicht gefahrgeneigte Arbeit auf den ArbN zu übertragen. A b e r wenn es ihm auch auf Grund der Fürsorgepflicht nicht untersagt ist, solche Arbeiten auf den ArbN zu übertragen, so ist sie dann doch der Faktor dafür, dass der ArbG sich diese Übertragung zu-rechnen lassen muss. Sie ist also ein weiterer Grund dafür, dass die Übertragung der gefahrgeneigten Arbeit von dem ArbG auf den ArbN als zurechenbare Veranlassung der Möglichkeit des schuldhaften Versagens des ArbNs anzusprechen ist, mit der Folge, dass eine Verpflichtung des ArbGs zur Mittragung des Schadens ohne eigenes Verschulden besteht.³⁾

- 1) Vgl. H u e c k - N i p p e r d e y, S.357 und die dort angeführte Literatur.
- 2) Vgl. z.B. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S. 171; H u e c k - N i p p e r d e y, S.359; N i k i s c h, S.406.
- 3) Damit dürfte Anm.40 auf S.213 bei H u e c k - N i p p e r d e y entkräftet sein, wo es heisst: "Entsprechend bedarf es hier zunächst des Nachweises, dass für den ArbG eine Verpflichtung zur Mittragung des Schadens ohne eigenes Verschulden besteht, ehe eine analoge Anwendung des § 254 BGB möglich ist".

bbb) Anrechnung des Veranlassens der Gefährdung
e i g e n e r Interessen.

Die Tatsache, dass der ArbG bei der Übertragung gefahrgeneigter Arbeit nicht die Gefahr der Nichtbefriedigung fremder Interessen, sondern lediglich die eigener zurechenbar veranlasst, steht seiner Verpflichtung zur Mittragung des Schadens nicht entgegen, denn für den Fall der Gefährdungshaftung ist entschieden, dass auch dort, wo jemand die eigenen Interessen einer Gefahr aussetzt, dies zu seinem Nachteil berücksichtigt werden muss.¹⁾ Von der Rechtsprechung wird bei der mitwirkenden Gefährdung des Verletzten § 254 BGB analog angewendet.²⁾ Entsprechendes hat dann doch wohl auch zu gelten, wenn man die eigenen Interessen zwar nicht im Sinne einer Gefährdungshaftung gefährdet, wohl aber die Schaffung von eventuell gefährlich werdenden Momenten zurechenbar veranlasst hat, mit der Folge, dass der ArbG in diesen Fällen einen Teil des Schadens in analoger Anwendung des § 254 BGB selbst zu tragen hat.

1) Vgl. H u b m a n n, a.a.O., in: AcP 155, S.120.

2) Vgl. z.B. BGHZ 12.124 ff. (128).

3) Die hier vertretene Auffassung deckt sich also im Ergebnis mit der D e r s c h s - vgl. D e r s c h, a.a.O., in: BB 56, S.503 - nur mit dem Unterschied, dass hier die Verpflichtung des ArbGs zur Mittragung des Schadens stärker herausgearbeitet wurde.

4) Zu diesem Problem versucht auch das BAG in einer neueren Entscheidung - vom 29.3.1959 = BB 59, S.884 - den Schadensausgleich mit dem Veranlassen, nämlich dem schuldlosen Setzen der Möglichkeit des schuldhaften Versagens in gefahrbedingter Situation durch den ArbN ... zu begründen, legt dann aber nicht dar, auf Grund welcher Faktoren dieses Veranlassen dem ArbG zuzurechnen ist und ihn so zu einer Mittragung des Schadens verpflichtet.

bc) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich sagen: Die Übertragung gefahrgeneigter Arbeit von dem ArbG auf den ArbN ist die Veranlassung der Möglichkeit des schuldhaften Versagens des ArbNs. Der ArbG muss sich dieses Veranlassen aus zweierlei arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten zurechnen lassen, zum einen auf Grund der Tatsache, dass der ArbN der abhängige, wirtschaftlich schwächere ist, der sich praktisch der Ausführung einer gefahrgeneigten Tätigkeit vielfach nicht entziehen kann, und zum anderen auf Grund seiner Fürsorgepflicht. Dieses zurechenbare Veranlassen begründet die Verpflichtung des ArbGs, einen Teil des Schadens mitzutragen. Und auf Grund dieser bestehenden Verpflichtung des ArbGs zur Mittragung des Schadens ist es möglich § 254 BGB analog anzuwenden und somit einen Schadensausgleich rechtlich zu begründen.

Die Übertragung nichtgefahrgeneigter Arbeit löst dagegen keine derartige Verpflichtung des ArbGs zur Schadensmittragung aus,¹⁾ mit der Folge, dass sich in diesen Fällen ein Schadensausgleich rechtlich nicht begründen lässt.

1) Einen Überblick über die in der Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassungen zu der Frage, ob der Schadensausgleich nur bei gefahrgeneigter Arbeit oder in jedem Falle zur Anwendung gelangen kann, findet sich auf S.62 ff. der Abhandlung, wo die objektiven Voraussetzungen für das Eintreten eines Schadensausgleichs untersucht werden.

c) Wann findet ein Schadensausgleich statt?

Im folgenden ist zu untersuchen, wann ein Schadensausgleich zwischen ArbN und ArbG stattfinden kann.

Da ist zunächst die Frage zu klären, ob der Schadensausgleich bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen stets eintritt oder ob es im Gegenteil nicht vielmehr so ist, dass gewisse Voraussetzungen vorliegen müssen, um die Fälle, in denen eventuell ein Schadensausgleich stattfinden kann, von den restlichen abzugrenzen, und dass dann innerhalb des auf diese Weise geschaffenen Rahmens immer individuell erwogen wird, ob im Einzelfall ein Schadensausgleich stattfinden soll oder nicht.

ca) Automatischer Eintritt des Schadensausgleichs?

Die von der Rechtsprechung und Lehre in diesem Zusammenhang gebrauchten Formulierungen lassen erkennen, dass sie zum überwiegenden Teil der Auffassung sind, dass bei gefahrgeneigter Arbeit durch geringes Verschulden des ArbNs verursachte Schäden im Risikobereich des ArbGs liegen und daher bei Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen stets ein Schadensausgleich stattzufinden habe.¹⁾

Diese Art und Weise der Anwendung des Schadensausgleichs entspricht aber wohl nicht dem Sinn und Zweck dieses Instituts. Der Zweck des Schadensausgleichs besteht doch gerade darin, in gewissen Fällen die starre Haftungsregelung der positiven Forderungsverletzung zu durchbrechen, um so die Möglichkeit zu schaffen, Billigkeitserwägungen mitsprechen zu lassen.²⁾ D.h. aber nichts

1) Vgl. z.B. Hueck - Nipperdey, S.214; Dersch, a.a.O., in: BB 56, S.503; Nikisch, S.269; Kaskel - Dersch, S.145; sowie die Rechtsprechung zahlreicher Untergerichte.
2) Vgl. S.46 der Abhandlung.

anderes, als dass man mit Hilfe des Schadensausgleichs bei der Feststellung des Umfanges der Haftung in der Lage sein soll, in gewissen Fällen auf die Umstände des einzelnen Falles abstellen zu können und diesen entsprechend dem Umfang der Haftung abzustufen.¹⁾

Die Vertreter der Auffassung, dass bei der Frage, ob ein Schadensausgleich stattfinden soll oder nicht, nur auf die Gefahrgeneigtheit der Arbeit und die leichte Fahrlässigkeit des ArbNs abzustellen sei, erreichen zwar eine gewisse Durchbrechung der gesetzlichen Haftungsregelung, aber nur, um wieder zu einer schematischen "entweder-oder"-Regelung zu gelangen. Geht man nämlich bei der Entscheidung dieser Frage so wie die zitierten Gerichte²⁾ vor und sagt, dass bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen ein Schadensausgleich stets, bei Fehlen derselben dagegen nie stattfindet, so nimmt man sich ja gerade die dem Sinn und Zweck des Instituts entsprechende Möglichkeit, jeden Fall ganz individuell untersuchen zu können. Für die Vertreter dieser Auffassung ist vielmehr von vorneherein schematisch festgelegt, ob in einem Fall der durch den ArbN allein verschuldeten Schlechtleistung ein Schadensausgleich stattfinden soll oder nicht. Andere Umstände des einzelnen Falles, wie z.B. Dienstalster, langjähriges einwandfreies Arbeiten ...,³⁾ können von ihnen dann bei

1) Auf diese Weise erreicht man mit Hilfe des Schadensausgleichs eine Durchbrechung der positiven Forderungsverletzung derart, wie sie bereits in einigen neueren Haftungsregelungen anderer Gesetze ausdrücklich festgelegt ist. So bestimmen z.B. die §§ 62 II VVG; 47 II PatG; 15 II GebrMG; dass bei leichter Fahrlässigkeit der Umfang der Haftung in das Ermessen des Gerichts gestellt ist.

2) Vgl. S. 58 der Abhandlung sowie die dort zitierte Literatur.

3) Vgl. S. 71 der Abhandlung.

der Entscheidung, ob Schadensausgleich oder nicht, nicht mehr berücksichtigt werden.¹⁾

Eine derartige Art und Weise der Lösung dürfte aber nicht im Sinne der durch den Schadensausgleich angestrebten billigeren Entscheidung sein.²⁾ Es dürfte daher wohl besser sein, zu sagen, dass gewisse, noch zu untersuchende, Voraussetzungen vorliegen müssen, damit eine Anwendung des Schadensausgleichs überhaupt in Betracht kommt. Mit Hilfe dieser Voraussetzungen grenzt man die Fälle, in denen Billigkeitserwägungen eventuell Raum greifen können, von den übrigen Fällen ab. Innerhalb des auf diese Weise geschaffenen Rahmens muss man dann aber, um dem Sinn und Zweck des Schadensausgleichs gerecht zu werden, an Hand verschiedener zu berücksichtigender³⁾ Gesichtspunkte prüfen, ob im Einzelfall ein Schadensausgleich stattfinden soll oder nicht.⁴⁾

-
- 1) Diese Umstände können von den Vertretern dieser Ansicht nur bei der Frage, in welcher Höhe ein Schadensausgleich stattfinden soll, herangezogen werden; vgl. S. 71 der Abhandlung.
 - 2) Vgl. S. 69 der Abhandlung, wo an Hand der Frage, ob lediglich bei leichter Fahrlässigkeit oder aber bei jeder der Schadensausgleich angewandt werden kann, der Unterschied zwischen der hier vertretenen Auffassung und der, dass der Schadensausgleich bei Vorliegen gefahrbehafteter Arbeit und lediglich leichter Fahrlässigkeit stets stattzufinden habe, praktisch deutlich gemacht wird.
 - 3) Auf S. 71 der Abhandlung wird dargelegt, welche Gesichtspunkte im Einzelfall bei der Entscheidung, ob Schadensausgleich oder nicht, berücksichtigt werden können.
 - 4) Aus der vom BAG in seinem Beschluss vom 25.9.57 - BAG 5, 1 ff. (7) - gebrauchten Formulierung lässt sich entnehmen, dass auch das BAG der Ansicht ist, dass neben der gefahrbehafteten Arbeit und dem fahrlässigen Verhalten des ArbNs weitere Umstände bei der Entscheidung, ob im Einzelfall ein Schadensausgleich stattfinden soll oder nicht, zu berücksichtigen sind; und auch

cb) Voraussetzungen für die Möglichkeit eines Schadensausgleichs

Im folgenden ist zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen ein Schadensausgleich in Betracht kommt, d.h. es ist der Rahmen zu schaffen, innerhalb dessen eine Mittragung des Schadens durch den ArbG erwogen werden kann.

cba) Objektiv-gefahrengeneigte Arbeit

Zunächst ist zu prüfen, ob die Anwendung des Instituts des Schadensausgleichs an das Vorliegen einer objektiven Voraussetzung gebunden ist.

Das RAG vertrat in seiner grundlegenden Entscheidung vom 18.12.40¹⁾ die Auffassung, dass der Schadensausgleich nur auf die Arbeitsverhältnisse zur Anwendung gelangen könne, die mit einer besonders grossen Gefahr behaftet sind. Bereits die Rechtsprechung des RAG machte einen Ansatz, diesen sehr eng gefassten Rahmen auf alle Arbeiten auszudehnen, die wesensmässig gefahrbehaftet sind.²⁾ Diese Entwicklung hielt nach 1945 an, und zahlreiche Unterg Gerichte wendeten den Schadensausgleich auf Arbeiten an, die zwar keine besonders grosse Gefährlichkeit aufwiesen,

das BGH wendet sich in seinem Urteil vom 10.1.55 - BGHZ 16, 111 ff. (120) - gegen die Aufstellung einer allgemeinen Regel, mit der Begründung, dass bei der Entscheidung, ob Schadensausgleich oder nicht, noch weitere Gesichtspunkte zu berücksichtigen seien.

1) RAG in ARS 41, 55 ff.

2) Vgl. Entscheidung des RAG vom 26.3.43 - ARS 46, 136 ff. -, wo es sich bei dem Arbeitsvertrag eines Hauswartes auf den Standpunkt stellt, dass die Haltung eines Hauses wesenseigene Gefahren mit sich bringe, denen auch der Hauswart ausgesetzt sei und die einen Hauseigentümer zur tunlichsten Vorbeugung gegen daraus entstehende Gefahren veranlassen müsse.

wohl aber gefahrgeneigt waren.¹⁾ In seiner Entscheidung vom 10.1.55²⁾ erklärte dann auch der BGH den Schadensausgleich auf alle wesensmässig gefahrbehafteten Arbeiten für anwendbar. Das BAG vertritt in seinem Beschluss vom 25.9.57,³⁾ in dem es zum ersten Mal zu diesem Problem Stellung nahm, die gleiche Ansicht.⁴⁾

Die anfänglich von einigen Gerichten nach 1945 noch vertretene Meinung, dass für den Schadensausgleich nur Arbeiten mit besonders grosser Gefahr in Betracht kommen,⁵⁾ ist von diesen inzwischen aufgegeben worden.⁶⁾

Auch heute noch vertreten wird dagegen die Auffassung, dass es bei dem Problem der Arbeitnehmerhaftung auf die Gefahrbehaftetheit der Arbeit überhaupt nicht ankomme, so z.B. von Schnorr von Carolsfeld,⁷⁾ Roesch,⁸⁾ Denecke,⁹⁾ und Steindorff.¹⁰⁾ Die Vertreter dieser Ansicht

-
- 1) Z.B. LAG Bremen für einen Kraftfahrzeugschlosser, in: AP 53, Nr.44; LAG Düsseldorf für eine Zuschnneiderin in einem Schneiderbetrieb, in: DB 54, S.744; LAG Düsseldorf für einen Turmkranführer, in: DB 56, S.355; LAG Bremen für einen Filialleiter, in: BB 56, S.817; LAG Frankfurt für einen Strassenbahnschaffner, in: DB 55, S.876 (ablehnend); LAG Düsseldorf für eine Geflügelzüchterin, in: BB 59, S.525 (ablehnend).
 - 2) BGHZ 16, 111 ff. (116).
 - 3) BAG 5, 1 ff. (1).
 - 4) Ebenso das BAG in seinem Urteil vom 8.12.58, in: DB 59, S.323; sowie in dem vom 19.3.59, in: BB 59, S.884.
 - 5) Z.B. LAG Hamm, in: AP 51, Nr.75.
 - 6) Einige Autoren vertreten allerdings auch heute noch die Auffassung, dass die der Arbeit immanente Gefahr typisch und ausserdem noch übernormal gross sein müsse; so z.B. Meiner, a.a.O., in: DB 58, S.1328 ff. (S.1329); Bobrowski - Gaul, S.268.
 - 7) Schnorr von Carolsfeld, S.304, 305.
 - 8) Roesch, a.a.O., in: BlStSozArbR 50, S.347.
 - 9) Denecke, a.a.O., in: RdA 52, S.209 ff. (S.211).
 - 10) Steindorff, a.a.O., in: JZ 59, S.1 ff. (S.6,7).

lösen jene Frage aber zum Teil - wie dargelegt - auch nicht mit Hilfe des Schadensausgleichs, zumindest nicht mit Hilfe des Instituts, das im Rahmen dieser Abhandlung als Schadensausgleich angesprochen wird.¹⁾ Frey, der früher ebenfalls der Meinung war, dass es grundsätzlich nicht auf die Gefahrgeneigtheit der Arbeit anzukommen habe,²⁾ ist heute ebenfalls der Ansicht, dass das objektive Element der beschränkten Arbeitnehmerhaftung die "gefahrbelastete" Arbeit sei.³⁾

Es dürfte wohl richtiger sein, der Auffassung zuzustimmen, dass der Schadensausgleich nur auf ganz bestimmte Arbeit, nämlich die gefahrgeneigte, angewendet werden kann.⁴⁾

-
- 1) R o e s c h, a.a.O., in: B1StSozArbR 50, S.347, und D e n e c k e, a.a.O., in: RdA 52, S.209 ff. (S.212), lassen zwar auch die Möglichkeit eines Schadensausgleichs offen, aber nur derart, dass sie sagen, dass unter Umständen der ArbN zur Mithaftung herangezogen werden kann, ohne im übrigen auf das Problem einzugehen. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, der heute unter Aufgabe seiner früheren Meinung, eine Verteilung des Schadens auf Grund des "Schadenersatzausschliessungsgrundes" stattfinden lässt - vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, a.a.O., in: RdA 58, S.208 - hat seine neue Auffassung noch nicht näher erläutert.
- 2) Frey, a.a.O., in: AuR 53, S.9.
- 3) Frey, a.a.O., in: BB 60, S.411, sowie in der Anm. zu dem Urteil des BAG vom 19.3.59, in: AuR 60, S.25 ff. (S.29).
- 4) So wie hier ausser der bereits zitierten Rechtsprechung des BGH und des BAG Hueck - Nipperdey, S.214; Nikisch, S.269; Dersch, a.a.O., in: RdA 58, S.443; Gumpert Jobst: "Die gefahrgeneigte Arbeit in der Rechtsprechung", in: BB 58, S.740 ff. (S.741); Gaul, a.a.O., in: DB 58, S.1014; Frey, a.a.O., in: BB 60, S.411.

Diese Ansicht erscheint zunächst bereits aus einer praktischen Erwägung heraus richtiger. Liesse man nämlich den Grundsatz gelten, dass in jedem Falle der Schlechtleistung des ArbNs ein Schadensausgleich stattfinden könne, so würde ein nachlässiger und schlampiger ArbN stets versuchen, sich zu entschuldigen, indem er sagt, 'der Schaden war unvermeidbar, und so etwas kann doch jedem irgendwann passieren'. Auf diese Weise würde das Verantwortungsbewusstsein der ArbN herabgesetzt. Die Arbeitsmoral würde unterminiert und einer gewissen Schlamperei Tür und Tor geöffnet.¹⁾

Richtig ist allerdings, dass auch ein praktischer Gesichtspunkt gegen die Gefahrgeneigtheit der Arbeit als Voraussetzung für den Schadensausgleich spricht, denn die tatsächliche Unterscheidung gefahrgeneigter Arbeit von solcher, die nicht gefahrgeneigt ist, ist nur sehr schwer vorzunehmen, da es keine eindeutige Abgrenzung gibt.²⁾ Dieser Einwand ist aber nicht geeignet, das Erfordernis dieser Prüfung zu beseitigen. Auch die Vertreter der Auffassung, dass die Gefahrgeneigtheit der Arbeit nicht Voraussetzung für die Anwendung des Schadensausgleichs oder einer anderen Art der Haftungsmilderung sei, setzen sich nämlich zum Teil mit der Frage auseinander, ob die Arbeit im Einzelfall gefahrgeneigt war oder nicht, nur mit dem Unterschied, dass sie diese Prüfung in anderem Zusammenhang vornehmen.³⁾

1) Ähnlich G a l p e r i n Hans: Haftung des Arbeitnehmers bei positiver Vertragsverletzung, insbesondere in Fällen schadengeneigter Arbeit, in: ARBlattei, Haftung III, C, I, 4.

2) Vgl. G u m p e r t , a.a.O., in: BB 58, S.741; G a l p e r i n , a.a.O., in: ARBlattei, Haftung III, C, I, 4; F r e y , a.a.O., in: BB 60, S.412.

3) So z.B. R o e s c h bei der Abwägung der Höhe der Aus-

Ausschlaggebend dafür, dass die Gefahrgeneigtheit der Arbeit objektive Voraussetzung für einen Schadensausgleich ist, sind aber nicht praktische Erwägungen, sondern die Tatsache, dass eine rechtliche Begründung dieses Instituts, wie auf Seite 57 der Abhandlung dargelegt worden ist, nur insoweit möglich erscheint, als es sich um gefahrgeneigte Arbeit handelt. In den übrigen Fällen lässt sich ein Schadensausgleich nicht rechtfertigen.

Objektive Voraussetzung dafür, dass eine Anwendung des Schadensausgleichs in Betracht kommt, ist daher also eine gefahrgeneigte Arbeit. Diese liegt nach der Rechtsprechung des BAG vor, "wenn die Eigenart der vom ArbN zu leistenden Arbeit es mit grosser Wahrscheinlichkeit mit sich bringt, dass auch dem sorgfältigen ArbN gelegentlich Fehler unterlaufen, die zwar für sich betrachtet jedesmal vermeidbar waren, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit als mit einem typischen Abirren von der Dienstleistung erfahrungsgemäss zu rechnen ist".¹⁾

Der Sprachgebrauch für eine derartige Tätigkeit ist sehr unterschiedlich. Sie wird als gefahrgeneigt,²⁾ ge-

gleichspflicht, vgl. R o e s c h , a.a.O., in: BlStSozArbR 50, S.347; S t e i n d o r f f bei der Prüfung der Frage, ob der ArbN in dem fraglichen Fall die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aufgewandt hat, vgl. S t e i n d o r f f , a.a.O., in: JZ 59, S.6.

- 1) So Urteil des BAG vom 8.12.58, in: ARBlattei, Entscheidung 10; a.A. F r e y , a.a.O., in: BB 60, S.412, und G u m p e r t , a.a.O., in: BB 58, S.741, die der Auffassung sind, dass die Möglichkeit des Eintritts eines unverhältnismässig hohen Schadens zu dem Begriff der gefahrbelasteten Arbeit gehöre.
- 2) So BAG, in: BAG 5, 1 ff.; ARBlattei, Entscheidung 10; BB 59, S.884; BB 60, S.132; ferner N i k i s c h , S.269; G u m p e r t , a.a.O., in: BB 58, S.740 ff.; sowie zahlreiche Untergerichte.

fahrbehaftet,¹⁾ gefahrbelastet,²⁾ gefahrtragend³⁾ oder auch schadensgeneigt⁴⁾ bezeichnet. Im Rahmen dieser Abhandlung wird die Bezeichnung gefahrgeneigt, als die in der Praxis gebräuchlichste, verwandt.⁵⁾

Irreführend ist die in diesen Fällen auch gebrauchte Formulierung gefahrbehaftetes "Arbeitsverhältnis",⁶⁾ denn es kommt für die Anwendung des Schadensausgleichs nicht darauf an, ob das Arbeitsverhältnis als Ganzes gefahrgeneigt ist, sondern nur darauf, ob die Arbeit, die im konkreten Fall dem zum Schaden führenden Sachverhalt zugrunde liegt, gefahrgeneigt war oder nicht.⁷⁾ Es dürfte daher richtiger sein, in diesem Zusammenhang von Arbeit⁸⁾ und nicht von Arbeitsverhältnissen zu sprechen.⁹⁾

Wenn nun im folgenden einige Gesichtspunkte heraus-

-
- 1) D e r s c h , a.a.O., in: BB 56, S.501 ff., und a.a.O., in: RdA 58, S.411 ff.
 - 2) F r e y , a.a.O., in: BB 60, S.412; D e r s c h , a.a.O., in: RdA 58, S.411 ff., erkennt diese Bezeichnung subsidiär an.
 - 3) H u e c k - N i p p e r d e y , S.212.
 - 4) H u e c k - N i p p e r d e y , S.212; G a u l , a.a.O., in: DB 58, S.1011 ff.; B o b r o w s k i - G a u l , S.26; Staudinger-Nipperdey - N e u m a n n , § 611, Anm.148; sowie BAG in seinem Urteil vom 11.6.59, in: ARBlattei, Entscheidung 13.
 - 5) Vgl. Anm. 2 zu S. 65 der Abhandlung.
 - 6) S o z . B . D e r s c h , a.a.O., in: BB 56, S.501.
 - 7) Vgl. Urteil des BAG vom 8.12.58, in: DB 59, S.323.
 - 8) S o w i e h i e r z . B . B A G , in: BAG 5, 1 ff. (7); DB 59, S.323; S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , S.305; H u e c k - N i p p e r d e y , S.212; N i k i s c h , S.269; G u m p e r t , a.a.O., in: BB 58, S.740; Staudinger - Nipperdey, N e u m a n n , § 611 Anm. 148.
 - 9) M i t e i n e r A u s n a h m e , n ä m l i c h d e r D i e n s t l e i s t u n g e i n e s K r a f t f a h r e r s . H i e r a n e r k e n n t d a s B A G , d a s s d i e A r b e i t s l e i s t u n g a u f G r u n d i h r e r E i g e n a r t g e n e r e l l a l s g e f a h r g e n e i g t e A r b e i t z u b e z e i c h n e n s e i , v g l . U r t e i l d e s B A G v o m 19.3.59, in: BB 59, S.884. D e m i s t , s o w e i t d i e L e i s t u n g s i c h a u f d a s F ü h r e n e i n e s K r a f t f a h r z e u g e s b e s c h r ä n k t , z u z u s t i m m e n ; s o a u c h F r e y , i n d e r A n m . z u d i e s e m U r t e i l i n : A u R 60, S.29.

zustellen sind, nach denen man in etwa die gefahrgeneigte Arbeit von der nicht gefahrgeneigten scheiden kann, so ist zu berücksichtigen, dass unter dem Begriff Gefahr hier nicht das Bevorstehen einer Katastrophe oder die Möglichkeit eines ähnlichen Ereignisses zu verstehen ist, sondern Gefahr bedeutet in diesem Zusammenhang die Neigung zum Misslingen, die Tendenz zum Schaden. Des weiteren ist zu berücksichtigen, dass die "Gefahr" in dem Gegenstand der Arbeit oder dem verwendeten Material begründet sein muss, nicht etwa beim ArbN selber.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände lassen sich auf Grund der bisherigen Rechtsprechung die Tatbestände, in denen eine gefahrgeneigte Arbeit vorliegt, mit Hilfe folgender Gesichtspunkte in etwa begrenzen:¹⁾

1. Arbeiten mit technischen Vorrichtungen oder Naturkräften, die nicht immer genau beherrscht werden können.
2. Arbeiten mit stoffbedingter Schadensneigung.²⁾
3. Arbeiten mit psychisch bedingter Schadensneigung.³⁾

1) Vgl. G a l p e r i n , a.a.O., in: ARBlattei, Haftung III, C, I, 3; D a h n s : "Gefahrbehaftete Arbeit", in: DB 56, S.869; G u m p e r t , a.a.O., in: BB 58, S.741; G a u l , a.a.O., in: DB 58, S.1014, will mit den modernen Methoden der Arbeitsbewertung die berufssübliche Verantwortung und die darüber hinausgehende durch eine besondere Schadensfähigkeit der Tätigkeit begründete, überrnormale Verantwortung ermitteln.

2) Z.B. Zuschneiderin in einem Schneiderbetrieb, vgl. LAG Düsseldorf, in: DB 54, S.744.

3) Das ist der Hauptfall der gefahrgeneigten Arbeit, denn hierunter fällt das Führen von Kraftfahrzeugen sowie überhaupt jede sehr ermüdende oder eintönige Arbeit; ferner falsches Wechseln, Verzählen beim Zählen zahlreicher kleiner Beträge; vgl. RAG, in: ARS 41, 55 ff. (58); LAG Bremen, in: AP Nr.3 zu § 611 "Haf-

4. Arbeiten mit arbeitstechnischer Schadensneigung.¹⁾
5. Arbeiten, die an sich nicht gefahrgeneigt sind, die aber durch das Hinzutreten äusserer Umstände nachträglich zu einer gefahrgeneigten werden.²⁾

cbb) Subjektive Voraussetzung - Fahrlässigkeit

Subjektive Voraussetzung dafür, dass eine Anwendung der Grundsätze über den Schadensausgleich in Erwägung gezogen werden kann, ist ein fahrlässiges Verhalten - hier Schlechterfüllung - des ArbNs.

Ausser Zweifel steht, dass bei einer vorsätzlichen Schädigung des ArbGs mittels Schlechtleistung des ArbNs eine Herabsetzung des Umfanges der Haftung überhaupt nicht in Betracht kommen kann.³⁾

Fraglich ist aber, ob der Schadensausgleich bei jeder Art der fahrlässigen Schlechterfüllung stattfinden kann oder nur bei leichter Fahrlässigkeit. Abzulehnen

tung des Arbeitnehmers"; des weiteren fallen hierunter auch noch die Arbeiten, die eine sehr schnelle Reaktion erfordern.

- 1) Darunter fallen zum einen die Bedienung komplizierter Geräte, zum anderen aber auch die Fälle, in denen ein ArbN weitgehend selbständige Entscheidungen zu fällen hat; denn je grösser der Ermessensspielraum, desto grösser ist auch die Gefahr eines Fehlurteils; vgl. RAG, in: ARS 41, 259.
- 2) Wobei aber alle Umstände auszuschalten sind, die nur als Elemente des Verschuldens in Betracht kommen, wie z.B. ein Unfall infolge des Nichterkennens eines Verkehrsschildes in einer fremden Stadt bei Nebel; vgl. W o l l e n b e r g in Anm. zu Urteil des LAG Düsseldorf, in: Samml.Arbeitsr.Entsch. 52, S.42.
- 3) G a l p e r i n , a.a.O., in: ARBlattei, Haftung III, C, II, 3; F r e y , a.a.O., in: AuR 53, S.7; BGH vom 10.1.55, in: BGHZ 116, 111 ff. (120).

ist die vielfach vertretene Auffassung, dass bei leichter Fahrlässigkeit des ArbNs der Schadensausgleich stets, bei grob fahrlässigem Verhalten dagegen nie stattfindet,¹⁾ denn auf diese Weise würde die subjektive Grenze, innerhalb derer ein Schadensausgleich in Betracht kommt, zu eng gezogen.

Entsprechend der hier vertretenen Auffassung, dass man dem Sinn und Zweck des Schadensausgleichs nur gerecht werden kann, wenn man auf den jeweiligen Fall der Schlechterfüllung abstellt,²⁾ muss man sich auch die Möglichkeit offen lassen, dies tun zu können. Daher ist der subjektive Rahmen, innerhalb dessen ein Schadensausgleich erwogen werden kann, j e d e fahrlässige Schlechterfüllung eines ArbNs. Dieses Ergebnis dürfte auch im Sinne der durch den Schadensausgleich angestrebten billigen Entscheidung³⁾ sein, denn es ist z.B. möglich, dass ein langjähriger, ordentlicher und gewissenhafter ArbN, der mit einer gefahrgeneigten Arbeit betraut ist, sich einmal grob nachlässig verhält,⁴⁾ und es kann durchaus unbillig sein, diesen ArbN ohne Rücksicht auf die für ihn sprechenden Umstände⁵⁾

1) So z.B. H u e c k - N i p p e r d e y , S.214; N i - k i s c h , S.269; D e r s c h , a.a.O., in: BB 56, S.503; K a s k e l - D e r s c h , S.145; G u m - p e r t J o b s t , a.a.O., in: BB 55, S.482; B e l o w , a.a.O., S.656; sowie ArbG Stade, in: ARSt XXI, Nr.532, und ArbG Kaiserslautern, in: ARSt XXI, Nr.533.

2) Vgl. S. 60 der Abhandlung.

3) Vgl. S. 46 der Abhandlung.

4) So z.B. ein ArbN, der, obwohl er weiss, dass er völlig übermüdet ist, weiterarbeitet; oder aber ein ArbN, der weiterarbeitet, obwohl er weiss, dass er sich gesundheitlich nicht wohlfühlt, z.B. infolge einer Grippe an Schwindelgefühl leidet.

5) Für ihn sprechen würde eben hier, dass er ein langjähriges Mitglied des Betriebes ist, sowie die Tatsache, dass er ein ordentlicher und gewissenhafter ArbN ist.

in vollem Umfange haften zu lassen. Hier muss man doch zumindest die Möglichkeit haben, einen Schadensausgleich erwägen zu können. Eine derartige Überlegung kann aber von den Vertretern der Auffassung, dass ein Schadensausgleich bei leichter Fahrlässigkeit stets - aber auch nur da - stattzufinden habe, überhaupt nicht mehr vorgenommen werden, denn sie gelangen mit Bejahung der groben Fahrlässigkeit automatisch zu dem Ergebnis "kein Schadensausgleich".

Die Tatsache, dass das praktische Ergebnis in der Vielzahl der Fälle einer grobfahrlässigen Schlechterfüllung eine Haftung des ArbNs in vollem Umfange bejahen wird, steht der Notwendigkeit dieser Prüfung nicht entgegen, denn Sinn und Zweck des Schadensausgleichs ist nur, die wirklichen Härtefälle zu mildern;¹⁾ und da die Möglichkeit eines solchen Falles auch bei größerem Verschulden des ArbNs gegeben ist, muss für ihn die Möglichkeit der Herabsetzung des Umfanges seiner Haftung zumindest in Erwägung gezogen werden können.

Zieht man die Grenze, innerhalb derer der Schadensausgleich in Betracht kommt, in subjektiver Hinsicht bei dem fahrlässigen Verhalten des ArbNs, so ist es theoretisch möglich, dass je nach Sachverhalt²⁾ ein ArbN trotz nur leichtfahrlässiger Schlechtleistung in vollem Umfange haftet, ein anderer dagegen trotz größeren Verschuldens freigestellt wird.³⁾ Diese weite Skala der möglichen Er-

1) Wobei unter "Härtefall" nicht die schlechte wirtschaftliche Lage des ArbNs zu verstehen ist, sondern das Missverhältnis, das besteht, wenn man die Umstände, die für den ArbN sprechen, und den Grad der Gefahrgeneigntheit seiner Arbeit einerseits und die Art seines Verschuldens andererseits gegeneinander abwägt.

2) D.h. nach Abwägung der Umstände des einzelnen Falles; bezüglich der dabei zu berücksichtigenden Umstände vgl. § 7 der Abhandlung.

3) Im Ergebnis so wie hier BGHZ 16, 111 ff. (120); BAG, in:

gebnißes stellt m.E. eine wirkliche Durchbrechung der starren "alles-oder-nichts"-Regelung des BGB dar und enthält die Möglichkeit, in jedem einzelnen Fall zu dem erstrebten billigen Ergebnis in der Frage der Haftung des ArbNs für fahrlässige Schlechterfüllung zu gelangen.

cc) Tatsächlicher Eintritt des Schadensausgleichs

Nachdem der Rahmen festgelegt ist, innerhalb dessen ein Schadensausgleich erwogen werden kann, ist zu untersuchen, wann t a t s ä c h l i c h in einem unter diese Voraussetzungen fallenden Fall der Schlechtleistung eine Schadensteilung stattfindet. Betrachtet man die von der Rechtsprechung zu dieser Entscheidung herangezogenen Umstände,¹⁾ so ergibt sich, dass sie sich folgendermassen unterteilen lassen:

1. Höhe des Schadens.
2. Die mit der Arbeit zusammenhängenden Umstände.²⁾
3. Die mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängenden Umstände.³⁾
4. Die persönlichen Umstände des ArbNs.⁴⁾

Bei jeder Entscheidung, ob tatsächlich ein Schadensausgleich stattfinden soll, ist daher zunächst zu prüfen, welche dieser Umstände in dem betreffenden Fall vorliegen. Anschliessend sind alle für oder gegen einen Aus-

-
- BAG 5, 1 ff. (7); sowie wohl auch G a l p e r i n, a.a.O., in: ARBlattei Haftung III, C, II, 1.
- 1) Vgl. BAG 5, 1 ff. (7), sowie die dort zitierte Rechtsprechung.
 - 2) Z.B. die Grösse der in der Arbeit liegenden Gefahr.
 - 3) Z.B. eine in dem Arbeitsentgelt des ArbNs enthaltene Risikoprämie.
 - 4) Z.B. nach dem Grad des Verschuldens des ArbNs, seinem Lebensalter, seinem bisherigen Verhalten, der Dauer seiner Betriebszugehörigkeit, etc...

gleich sprechenden Momente unter dem Gesichtspunkt, inwieweit es in dem speziellen Fall billig und dem ArbN zumutbar wäre den Schaden zu ersetzen, gegeneinander abzuwägen, denn nur auf diese Weise lässt sich die durch den Schadensausgleich angestrebte, dem Einzelfall gerechte, Entscheidung fällen.

cd) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist zu sagen: Voraussetzung dafür, dass ein Schadensausgleich überhaupt in Betracht kommt, ist, bei gegebenem von dem ArbN adäquat verursachten Schaden des ArbGs, eine gefahrgeneigte Arbeit und ein fahrlässiges Verhalten - hier schlechtes arbeiten - des ArbNs. Mit Hilfe dieser Voraussetzungen grenzt man die Fälle, in denen die Billigkeitserwägungen eventuell Raum greifen können, von den restlichen ab.

Innerhalb dieses Rahmens ist dann aber an Hand verschiedener zu berücksichtigender Gesichtspunkte je nach der Lage des einzelnen Falles zu entscheiden, ob ein Schadensausgleich stattfindet oder nicht, wobei dann in der Regel bei grob fahrlässiger Schlechterfüllung des ArbNs ein Ausgleich zu verneinen sein wird.

d) Umfang des Schadensausgleichs

Nachdem untersucht wurde, wann in einem Fall der Schlechtleistung ein Schadensausgleich stattfindet, ist darauf einzugehen, in welchem Umfang er eintritt.

Diese Frage ist gesondert zu prüfen; denn es ist nicht so, dass mit Bejahung eines Ausgleichs automatisch die völlige Freistellung des ArbNs feststeht, sondern es muss vielmehr an Hand des jeweiligen Falles entschieden

werden,¹⁾ ob der ArbN teilweise oder völlig freizustellen ist. Im folgenden ist zunächst darauf einzugehen, in welchem Umfang eine Schadensteilung überhaupt erfolgen kann, und dann, von welchen Umständen im Einzelfall der Umfang der Freistellung abhängig ist.

da) Möglicher Umfang des Schadensausgleichs

Bezüglich der tatsächlichen Höhe des Schadensausgleichs ist zu sagen, dass anfänglich immer nur von einer Herabsetzung des Umfanges der Haftung die Rede war.²⁾ Nach 1945 ist es dann aber allgemeine Meinung geworden, dass im Wege des Schadensausgleichs auch eine völlige Freistellung des ArbNs stattfinden kann.³⁾ Beschaut man sich einige von den seit 1945 zu dieser Frage ergangenen Urteilen, so stellt man fest, dass in der Vielzahl der Fälle, in denen ein Schadensausgleich erfolgte, dann auch eine völlige Freistellung des ArbNs bejaht wurde.⁴⁾

1) Vgl. S.74 der Abhandlung

2) Vgl. z.B. LAG Hamm, in: RdA 51, S.77; Palandt - Gram m, Bürgerliches Gesetzbuch, 9.Auflage, München und Berlin 1951, § 611 Anm.2a.

3) So z.B. BGHZ 16, 111 ff. (120); Staudinger-Nipperdey-N e u m a n n, § 611 Anm.148; D e r s c h, a.a.O., in: BB 56, S.503; G a l p e r i n, a.a.O., in: ARBlattei, Haftung III, D, I, 2; -H u e c k - N i p p e r d e y, S.214, und " i k i s c h, S.269, sprechen zwar nur von einer angemessenen Beteiligung, aber zumindest H u e c k ist der Auffassung, dass die angemessene Beteiligung auch bis zur völligen Freistellung gehen kann, vgl. H u e c k in der Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 10.1.55, in: AP Nr.1 zu § 611, "Haftung des Arbeitnehmers".

4) Z.B. gelangten von den in BAG 5, 1 ff (7) zitierten Gerichten folgende zu einer völligen Freistellung: BGH, in: AP Nr.1 zu § 611 "Haftung des Arbeitnehmers"; LAG Hamburg, in: RdA 48, S.166; LAG Bremen, in: AP 53, Nr.44; LAG Düsseldorf, in: AP 51, Nr.255; LAG Düsseldorf, in: DB 56, S.355; - LAG Hamm hat den ArbN wegen eines durch leichte Fahrlässigkeit verursachten Schadens

db) Welche Umstände sind für den tatsächlichen Umfang des Schadensausgleichs massgebend?

Bei der Entscheidung, in welchem Umfang eine Schadensteilung eintreten soll, hat - ebenso wie bei der Frage ob überhaupt ein Schadensausgleich stattfinden soll - eine Abwägung aller Umstände des einzelnen Falles nach Billigkeitsgrundsätzen und Zumutbarkeitsgesichtspunkten¹⁾ stattzufinden, denn auch hier geht es darum, eine dem Einzelfall gerechte Lösung zu finden.

Die zu dieser Abwägung heranzuziehenden Umstände sind die gleichen wie die, die bereits bei der Frage ob überhaupt ein Ausgleich stattfinden soll oder nicht zu berücksichtigen waren,²⁾ denn der auf S.71 der Abhandlung zusammengestellte Katalog enthält alle Umstände die den einzelnen Fall characterisieren können. Der Unterschied der beiden Entscheidungen liegt nur darin, dass die Abwägung der Umstände unter einem anderen Gesichtspunkt stattzufinden hat. Hier geht es darum, inwieweit es billig und dem ArbN auf Grund aller Umstände des einzelnen Falles zumutbar ist, einen Teil des Schadens selbst zu tragen, während zuvor im Hinblick darauf abzuwägen war, ob überhaupt ein Ausgleich eintreten soll.

zu einer Ersatzpflicht in Höhe eines Monatsgehalts verurteilt, aber auf Grund des § 254 BGB, vgl. LAG Hamm, in: AP 51, Nr.75; Ebenfalls zu einer völligen Freistellung gelangte das BAG in seinem Urteil vom 11.6.59, in: ARBlattei, Haftung, Entscheidung 10, und dem vom 21.11.59, in: BB 60, S.132.

- 1) Vgl. S.71 der Abhandlung.
- 2) Auch die Vertreter der Ansicht, dass diese Umstände bei der Prüfung ob Schadensausgleich oder nicht, nicht von Bedeutung seien - vgl. S.58 der Abhandlung - ziehen sie, wenn sie den Eintritt eines Schadensausgleichs bejaht haben, zu der Entscheidung in welcher Höhe eine Herabsetzung des Umfanges der Haftung erfolgen soll bei; vgl. z.B. Hueck - Nipperdey, S.214; Staudinger-Nipperdey-Meumann § 611 Anm.148; Dersch, a.a.O., in: BB 56, S.503.

Im folgenden ist noch auf einen Streitpunkt, der bezüglich dieser heranzuziehenden Umstände besteht, einzugehen, nämlich auf die Frage, ob die private wirtschaftliche Lage des ArbNs mit als Massstab für die Haftungsmilderung zu berücksichtigen sei.¹⁾ Dies ist abzulehnen, denn die wirtschaftliche Allgemeinlage des ArbNs ist - da sie auch noch von anderen Tatsachen als dem Lohn abhängig ist²⁾ - ein ausserhalb des Arbeitsverhältnisses liegender Umstand, der mit dem aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Anspruch des ArbGs nichts zu tun hat.³⁾ Für den Umfang der Schadensverteilung kommt es daher nicht auf die individuelle Leistungsfähigkeit des ArbNs an, sondern nur darauf, was normalerweise für einen ArbN seiner Stellung tragbar ist.⁴⁾

-
- 1) So ältere Meinungen, z.B. RAG, in: ARS 41, 269; H e r s c h e l in der Anmerkung zu dem Urteil des RAG vom 18.12.1940, in: DR 41, S.1374; R e w o l l e Hans-Dietrich: "Verschulden im Arbeitsverhältnis", in: DB 52, S.166; IAG Hamm, in: AP 51, Nr.75. Eine andere Frage ist, ob die Vermögensverhältnisse des ArbNs bei der Bemessung der Höhe der S c h a d e n e r s a t z f o r d e r u n g zu berücksichtigen ist; - vgl. dazu S.77 ff. der Abhandlung - hier geht es ja nur um die Frage des S c h a d e n s a u s g l e i c h s.
 - 2) So z.B. von der sparsamen oder nicht sparsamen Lebensführung des ArbNs, Anfall einer Erbschaft oder eines Lottogewinnes.
 - 3) So auch H u e c k - N i p p e r d e y, S.214; F r e y, a.a.O., in: BB 60, S.414.
 - 4) So wie hier die Rechtsprechung des BAG - BAG 5, 1 ff. (7) - und die des BGH - BGHZ 16, 111 ff. (119) -; H u e c k - N i p p e r d e y, S.214; N i k i s c h, S.269; F r e y, a.a.O., in: AuR 53, S.8; v o n B r u n n J.H.: "Zur Schadenersatzpflicht im modernen Industrierecht", in: NJW 51, S.103 ff. (104); Staudinger-Nipperdey - N e u m a n n § 611 Anm.148; G a l p e r i n, a.a.O., in: ARBlattei, Haftung III, D, II, 5, allerdings mit der Einschränkung, dass Privatvermögen, soweit es mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehe, doch zu berücksichtigen sei.

dc) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist zu sagen, dass sich der Umfang, in dem eine Schadensteilung erfolgt, aus der Abwägung aller mit der Arbeit und dem Arbeitsverhältnis zusammenhängenden Umstände ergibt. Die dabei möglichen Ergebnisse reichen theoretisch von der überwiegenden Haftung des ArbNs bis zu seiner völligen Freistellung. Die Praxis neigt allerdings dazu, den ArbN völlig freizustellen, wenn sie einen Schadensausgleich bejaht.¹⁾

1) Vgl. die in Anm. 4 zu S. 73 der Abhandlung zitierte Rechtsprechung.

III. Art und Umfang des Ersatzanspruches des Arbeitgebers

Nachdem untersucht wurde, wann ein Ersatzanspruch des ArbGs gegen den ArbN wegen Schlechtleistung entstehen und unter welchen Voraussetzungen eine Minderung des Umfanges dieser Haftung eintreten kann, ist nunmehr auf Art und Umfang des Ersatzanspruches im einzelnen einzugehen.

Im folgenden wird zunächst der Umfang und dann die Art und Weise der Ersatzleistung des ArbNs geprüft.

1. Umfang des Ersatzanspruches des Arbeitgebers

Der im folgenden zu untersuchende Umfang der Ersatzpflicht des ArbNs ist nicht zu verwechseln mit dem bereits behandelten Umfang des Schadensausgleichs.¹⁾ Zuvor ging es um die Frage der Verteilung des Schadens, jetzt darum, was im einzelnen zu ersetzen ist, wenn diese Verteilung bereits stattgefunden hat.

Der Umfang dessen, was zu ersetzen ist, ergibt sich aus dem Grundgedanken des Schadenersatzrechts des bürgerlichen Rechts - dass der Geschädigte durch die Ersatzleistung in die gleiche Lage versetzt werden soll, in der er sich ohne das schädigende Ereignis jetzt befände § 249 BGB - und gilt auch für den Bereich des Arbeitsvertragsrechts, d.h. der ArbN hat dem ArbG den gesamten

1) Vgl. S. 72 ff. der Abhandlung.

Schaden zu ersetzen, den dieser im Zusammenhang mit oder als Folge der Schlechtleistung erlitten hat.¹⁾

Bei der Festsetzung des Ersatzanspruches ist also zu berücksichtigen, dass der ArbN dem ArbG sowohl den unmittelbaren²⁾ als auch den mittelbaren³⁾ Schaden zu ersetzen hat. Das hat zur Folge, dass sich die Ersatzleistung des ArbNs, je nach der Lage des einzelnen Falles, aus den verschiedensten Posten zusammensetzen kann.

Wenn z.B. ein Schlosser von 100 Werkstücken 20 fehlerhaft feilt, so hat er dem ArbG das Material für die schlechten Stücke, den Lohn der ihm während dieser Zeit gezahlt wurde,⁴⁾ den auf jedes Werkstück entfallenden Anteil an den allgemeinen Unkosten,⁵⁾ den dem ArbG unter Umständen entgangenen Gewinn⁶⁾ und die von diesem eventuell zu zahlende Vertragsstrafe zu ersetzen.⁷⁾ Andererseits muss sich der ArbG bei der Festsetzung der Ersatzleistung auf Grund des Gedankens der Vorteilsausgleichung⁸⁾ das anrechnen lassen, was er unter Umständen noch für die schlechten Stücke erhalten hat. Ausserdem ist auch die dem ArbG gegenüber dem ArbN obliegende Fürsorgepflicht bei der Festsetzung der Höhe der Ersatzpflicht zu berücksichtigen.⁹⁾ So kann der ArbG z.B. den

1) Wobei das, was als Folge anzusprechen ist, an Hand der Grundsätze über die adäquate Verursachung zu ermitteln ist.

2) Z.B. verschwendete Rohstoffe; vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.307.

3) Z.B. Schadenersatzansprüche, die durch die Schlechtleistung des ArbNs gegen den ArbG erwachsen; vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.308.

4) Vgl. Anm.2 auf S.83 der Abhandlung.

5) Hier wird nämlich die sonst unter das Unternehmerrisiko des ArbGs fallende Abnutzung und die damit verbundene Wertminderung der Gerätschaften zu einem wirklichen Nachteil des ArbGs, da es ihm nicht zugemutet werden kann, diese durch den ArbN verschuldete Mehrabnutzung selbst zu decken.

6) Vgl. §252 BGB.

7) Vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.308.

8) Vgl. dazu ausführlich L a r e n z, 1.Band, S.128 ff.

9) Vgl. G r u b, a.a.O., in: ARBlattei, F, II.

ArbN für das von diesem vertane Material nur in der Höhe belasten, die für ihn für die Neubeschaffung erforderlich ist, d.h. der ArbG hat eventuelle Mengenrabatte oder Steuervergünstigungen, die ihm als ArbG gewährt werden, auch dem ArbN zugute zu kommen lassen.

Die praktische Durchführung des Grundsatzes, dass dem ArbG der gesamte Umfang des entstandenen Schadens zu ersetzen ist, wird aber häufig an der Tatsache scheitern, dass sich die Höhe des dem ArbG infolge Schlechtleistung des ArbNs entstandenen Schadens nicht genau ermitteln lässt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der durch die Schlechterfüllung eingetretene Nachteil in der schlechten Arbeit selbst liegt. So ist z.B. die Ermittlung der tatsächlichen Höhe eines Schadens besonders schwierig, wenn ein ArbN ständig trödelte oder schlampig arbeitet und auf diese Weise keine ordentlichen Arbeitsergebnisse erzielt. Aber auch wenn der Schaden in den Folgen der schlechten Arbeit liegt - so z.B. wenn der ArbN Ausschuss herstellt -, kann die Feststellung seines Umfanges Schwierigkeiten bereiten. So lassen sich z.B. die Einzelheiten eines Schadens in einem Kleinstbetrieb noch verhältnismässig einfach übersehen, in einem Grossbetrieb dagegen sind sie häufig überhaupt nicht zu ermitteln. In all diesen Fällen ist man auf eine Schätzung des Umfanges des entstandenen Schadens angewiesen. Diese Schätzung hat derart zu erfolgen, dass das in Zweifelsfällen günstigere Ergebnis dem ArbN zuzufallen hat. Die Begründung dafür ist der Tatsache zu entnehmen, dass der ArbG als derjenige, der den Betrieb einrichtet und organisiert, die Möglichkeit hat, solche nicht erfassbaren Details eines Schadens von vorneherein einzukalkulieren und dass er dies im allgemeinen auch tut.

Bei der Feststellung des Umfanges des Ersatzanspruches eines ArbGs taucht - wie schon in anderem Zusammenhang¹⁾ - aber noch die Frage auf, ob nicht bereits²⁾ bei der Festsetzung der Höhe des Ersatzanspruches die Vermögensverhältnisse des ArbNs berücksichtigt werden können. Dies ist zu verneinen, denn einen allgemeinen Grundsatz, dass die Leistungsfähigkeit des Schuldners für die Höhe des zu leistenden Ersatzes massgebend sei, kennt unsere Rechtsordnung nicht.³⁾ Und auch aus arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten lässt sich eine abweichende Entscheidung nicht rechtfertigen, denn die Umstände,⁴⁾ die zu einer Begründung eventuell herangezogen werden könnten, wurden bereits bei der Frage, ob ein Schadensausgleich stattfinden soll, berücksichtigt.⁵⁾ In den Fällen der Schlechtleistung, in denen die Frage der Schadensteilung nicht akut wird,⁶⁾ kommt aber auch eine niedrigere Festsetzung der Ersatzansprüche des ArbGs nicht in Betracht.

Festzuhalten ist, dass auch der ArbN mit Hilfe der Ersatzleistung den ArbG grundsätzlich so zu stellen hat, wie er stehen würde, wenn der Schaden nicht eingetreten wäre; mit

-
- 1) So bei der Entscheidung des Umfanges des Schadensausgleichs; vgl. S.72 der Abhandlung.
 - 2) Später ist die private wirtschaftliche Lage des ArbNs für die Befriedigung des Anspruches des ArbGs massgebend; vgl. dazu S.84 der Abhandlung.
 - 3) So auch S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.302, Anm.2, obwohl er an sich den Gedanken, die Vermögensverhältnisse der Beteiligten bei der Bemessung der Höhe der Schadenersatzforderung zu berücksichtigen, beifallswert findet; vgl. seine Ausführungen in: KritVjSchr.f.Gesetzgebung, N.F., Bd.29, S.91 ff. (Slol).
 - 4) Wie z.B. die Weisungsgebundenheit des ArbNs oder die Fürsorgepflicht des ArbGs.
 - 5) Vgl. Zusammenfassung auf S.72 der Abhandlung.
 - 6) So bei nicht gefahrgeneigter Arbeit oder vorsätzlichem Handeln des ArbNs.

der Einschränkung, dass der ArbG auf Grund seiner Unternehmerrisikos in Zweifelsfällen das für ihn ungünstigere Ergebnis hinnehmen muss.

2. Art und Weise der Ersatzleistung

Der Ersatzanspruch eines ArbGs geht in erster Linie auf Naturalherstellung, und erst in zweiter Linie kann er, bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen, Ersatz in Geld verlangen.¹⁾

Ob sich diese theoretische Regelung in dem Fall, wenn ein ArbN wegen Schlechtleistung Ersatz zu leisten hat, auch tatsächlich durchführen lässt, ist im folgenden zu untersuchen.

a) Naturalherstellung

Die Naturalherstellung ist für den ArbG vor allem dort von Interesse, wo der Schaden in der Schlechterfüllung selbst begründet ist, denn in diesen Fällen ist ihm mit einem Ersatz durch den ArbN in Geld wenig gedient, insbesondere unter Berücksichtigung der derzeitigen Arbeitsmarktlage. Erst in zweiter Linie interessieren in diesem Zusammenhang die Fälle, in denen der Schaden in den Folgen der Schlechterfüllung liegt; d.h. der ArbN Ausschussleistungen erbringt.

aa) Ersatz für eine schlechte Arbeit

In den Fällen, in denen der Schaden in der schlechten Arbeit als solcher begründet ist, so z.B. wenn der ArbN trödelt, würde die Naturalherstellung darin beste-

1) Vgl. § 249 I 1 BGB.

hen, dass der ArbN nachleistet. Ist aber eine derartige Nacharbeit überhaupt praktisch durchführbar?

Das dürfte in den meisten Fällen zu verneinen sein. So sind, auch wenn ein ArbN zum Zwecke der Nachleistung arbeitet, die in der AZO¹⁾ bzw. die in einem Tarifvertrag abweichend festgelegten höchstzulässigen Arbeitszeiten einzuhalten. Das hat zur Folge, dass, da in der Mehrzahl der Fälle ein schlechtleistender ArbN arbeitszeitmässig voll ausgelastet ist, bereits aus diesem Grunde eine Nacharbeit nicht stattfinden kann.

Anders verhält es sich, wenn in einem Betrieb zwar tatsächlich lediglich 44 Stunden gearbeitet werden, ohne dass aber insoweit eine tarifliche Regelung besteht. Hier besteht theoretisch die Möglichkeit, dass der schlechtleistende ArbN vier Stunden nachleistet. Praktisch lässt sich das aber, soweit der ArbN in einen Betrieb eingliedert ist, nicht durchführen, denn es ist wenig rentabel, einen ArbN ausserhalb der betrieblichen Arbeitszeit arbeiten zu lassen.²⁾³⁾

In den meisten Fällen dürfte daher die Möglichkeit, den einem ArbG durch zu langsames Arbeiten - und in anderen ähnlichen Fällen - zugefügten Schaden in Form der Naturalherstellung zu beseitigen, praktisch nur dort bestehen, wo ein ArbN nicht bis zu seiner höchstzulässigen Zeit arbeitet, also etwa dort, wo ein ArbN nur halbtags beschäftigt ist. In einem solchen Fall hat dann der ArbN die Möglichkeit, seine Nachleistung ausserhalb seiner

1) Vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.308; N i k i s c h, S.268.

2) So z.B. wenn wegen eines ArbNs Beleuchtung und Heizung in Gang gesetzt werden müsste.

3) Oder die Nacharbeit ist nicht durchführbar, weil sie sinnlos wäre; so z.B. wenn ein ArbN an einem Fliessband beschäftigt ist und nur einige Handgriffe auszuführen hat.

Dienstzeit, wohl aber während der betrieblichen Arbeitszeit vorzunehmen.

Diese Fälle sind aber in der Praxis sehr selten, so dass man sagen kann: Eine Ersatzleistung der ArbNs kann, wenn die Schlechterfüllung in der Erbringung der schlechten Arbeitsleistung selbst besteht, in Form der Naturalherstellung praktisch in den meisten Fällen nicht durchgeführt werden.

ab) Ersatz der Folgen der schlechten Arbeit

Nicht viel anders verhält es sich, wenn die Schlechtleistung des ArbNs in der Lieferung von Ausschuss besteht.

Auch hier liegt das Hauptgewicht der Ersatzleistung auf der Erbringung neuer Arbeit. In unserem Beispielfall mit dem Schlosser hätte dieser statt der 20 fehlerhaften Stücke 20 fehlerfreie neu anzufertigen. Diese Neuherstellung könnte zwar von dem ArbN vorgenommen werden, so dass die Folgen der schlechten Arbeit beseitigt wären, aber da eine solche Neuherstellung in den meisten Fällen während der Arbeitszeit vorzunehmen wäre,¹⁾ kann auch in diesen Fällen von einem Ersatz in Form der Naturalherstellung nicht die Rede sein. Der ArbN kann nämlich während dieser für die Nachleistung verwendeten Zeit keine neue Arbeit leisten, so dass also diese Zeit sowie die vom ArbN während dieser Zeit aufgewendete Arbeits- und Energieleistung für den ArbG verlorenggeht. Ausserdem hat der ArbG dem ArbN auch für diese Zeit Lohn zu zahlen,²⁾ so dass bereits aus diesem Grunde

-
- 1) Denn auch hier sind die einschlägigen Arbeitszeitregelungen einzuhalten; vgl. S.82 der Abhandlung.
 - 2) Bei einem Zeitlohnvertrag - und der liegt dieser Abhandlung zugrunde; vgl. Anm.2 auf S.6 der Abhandlung - ist auch die verschuldete Schlechtleistung

nicht von einem Ersatz im Sinne der Naturalherstellung gesprochen werden kann.

Aber selbst wenn die Neuankfertigung von dem ArbN ausserhalb der Dienstzeit vorgenommen werden kann, liegt in den meisten Fällen kein ausreichender Ersatz des dem ArbG entstandenen Schadens in Form der Naturalherstellung vor. Soweit der ArbN nämlich für die Nachleistung die Maschinen und Gerätschaften des ArbGs benutzt oder Material von ihm verwendet, reicht die ausserhalb der Dienstzeit erbrachte reine Arbeitsleistung zur Deckung des Schadens nicht aus.

b) Ersatz in Geld

Da - wie gesehen - ein Ersatz des ArbGs in Form der Naturalherstellung in den meisten Fällen überhaupt nicht möglich ist oder falls er möglich ist, häufig nicht ausreicht, hat der ArbN den ArbG in diesen Fällen¹⁾ in Geld zu entschädigen.

Dieser Ersatzanspruch des ArbGs in Geld ist allerdings meist nur sehr schwer realisierbar, da der ArbN häufig kein Vermögen besitzt und der ArbG dann zur Befriedigung seines Ersatzanspruches auf die Lohnforderung des ArbNs angewiesen ist.

ba) Befriedigung durch Vermögen

Besitzt der ArbN Vermögen, so kann sich der ArbG zur Befriedigung seiner Forderung an dieses halten.

ohne Einfluss auf die Lohnforderung, diese bleibt vielmehr in voller Höhe erhalten; vgl. Schnorr von Carolsfeld, S.308; Kaskel-Dersch, S.156; Hueck-Nipperdey, S.215.

1) D.h. also praktisch fast in allen Fällen.

2) Vgl. § 251 I BGB.

Es ist zwar auch die Auffassung vertreten worden, dass es unbillig gegenüber dem sparsamen ArbN wäre, z.B. den Zugriff auf dessen Häuschen zu gestatten, bei einem leichtsinnigen hingegen nur auf dessen geringen Besitz beschränkt zu sein.¹⁾ Aber diese Meinung ist sowohl tatsächlich nicht richtig, als auch mit dem geltenden Recht nicht in Einklang zu bringen. In tatsächlicher Hinsicht ist dieser Ansicht entgegenzuhalten, dass, auf die Dauer gesehen, der leichtsinnige dem sparsamen gegenüber nicht bevorzugt wird, denn wenn ein ArbN kein Vermögen zur Befriedigung des Ersatzanspruches des ArbGs besitzt, so ist seine Verschuldung die Folge. Der einzige Gedanke, auf den sich rechtlich ein solcher Nichtzugriff auf das Vermögen des ArbNs stützen liesse, wäre der der Fürsorge- und Treupflicht des ArbGs. Dieser versagt aber hier, da - wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt,²⁾ - der Fürsorgepflicht dort eine Grenze gesetzt ist, wo es um die berechtigten Interessen des Betriebes geht.

bb) Befriedigung durch Lohn

Besitzt der ArbN kein Vermögen, so kann sich der ArbG zur Realisierung seines Ersatzanspruches nur an die Lohnforderung des ArbNs halten.

bba) Eine **A u f r e c h n u n g** mit der Schadenersatzforderung des ArbGs wegen Schlechterfüllung ist gem. § 394 BGB nur innerhalb der Grenzen des Lohnschutzes möglich.

Ist die Schlechterfüllung vorsätzlich begangen und stellt sie gleichzeitig eine unerlaubte Handlung dar - was ja häufig der Fall ist -, so tut der ArbG gut daran,

1) Vgl. B r u n n, a.a.O., in: NJW 51, S.104.

2) Vgl. S.54 der Abhandlung.

seinen Ersatzanspruch auf die §§ 823 ff. BGB zu stützen. Es ist nämlich heute allgemeine Meinung, dass mit einer Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung unbeschränkt aufgerechnet werden darf, und zwar mit der Begründung, dass es dem allgemeinen Rechtsempfinden widerstreben würde, wenn man einer derartigen Handlung den Schutz des § 394 BGB gewähren würde.¹⁾

Streitig ist dagegen, ob das Aufrechnungsverbot auch gegenüber vorsätzlichen Vertragsverletzungen durchbrochen wird. Das RAG,²⁾ das BAG³⁾ sowie ein Teil der Lehre⁴⁾ ist der Auffassung, dass hier keine unbeschränkte Aufrechnung stattfinden dürfe. Richtiger dürfte es aber wohl sein, auch hier die Aufrechnungsschranke zu durchbrechen, und zwar mit der Begründung, dass eine vorsätzliche Schlechterfüllung doch wohl ebenso schwer zu werten ist wie eine unerlaubte Handlung, denn eine solche Vertragsverletzung widerspricht ebenso dem allgemeinen Rechtsgefühl und dem Grundsatz von Treu und Glauben wie ein Verstoß gegen einen Paragraphen des Deliktsrecht.⁵⁾

1) Vgl. z.B. RGZ 85, 108 ff.; LAG Düsseldorf, in: DB 54, S.847; LAG Mannheim, in: AP 52, Nr.171 mit Anmerkung T o p h o v e n; ArbG Emden, in: ARSt XVIII, Nr.560.

2) So z.B. RAG in ARS 5, 517; 14, 345; 32,297.

3) Vgl. Urteil des BAG vom 22.4.59, in: AP Nr.4 zu § 394 BGB. Nicht mehr grundsätzlich ablehnend das Urteil des BAG vom 31.3.60 - BB 60, S.593 -, dass unter Umständen am Billigkeits- und Redlichkeitserwägungen heraus im Einzelfall der Sozialschutz des § 394 Satz 1 BGB weichen müsse.

4) So z.B. E n n e c c e r u s - L e h m a n n, S.283; S c h a t t e r: "Die Aufrechnung gegen unpfändbare Lohnforderungen aus dem Arbeitsvertrag", in: AuR 53, S.50 ff. (S.52).

5) So wie hier z.B. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.233; H u e c k - N i p p e r d e y, S.340; N i k i s c h, S.373; D e r s c h Hermann: "Gesetzliche Beschränkung einseitiger Lohneingriffe", in: ARBlattei "Lohnsicherung V", A. V. 1; Staudinger-Nipperdey - N e u m a n n, § 611 Anm.233; K ö s t

Für die Schlechterfüllung eines Arbeitsvertrages dürfte das auch insbesondere noch unter der Berücksichtigung der Tatsache der Fall sein, dass der ArbN dem ArbG zur Treue verpflichtet ist.¹⁾

Im übrigen handelt es sich hierbei sowieso mehr oder weniger um einen theoretischen Streit, denn in der Praxis wird eine vorsätzliche Schlechterfüllung meist auch einen der Tatbestände des Deliktsrechts erfüllen. Zu diesem Ergebnis wird man vor allem dann gelangen, wenn man der Rechtsprechung des RAG folgt, die hierzu die Ansicht vertrat, dass ein ArbN, der eine vorsätzliche Vertragsverletzung in voller Kenntnis der Rechtsfolgen begehe, sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB handele.²⁾ Legt man den Begriff der Sittenwidrigkeit auf diese Weise aus, so kommt man in nahezu allen Fällen auf dem Umweg über § 826 BGB zu dem hier vertretenen Ergebnis, dass ein Ersatzanspruch des ArbGs, der durch Schlechtleistung des ArbNs ausgelöst wurde, nicht der Aufrechnungsschranke des § 394 BGB unterliegt.

bbb) Statt der Aufrechnung kann der ArbG auch versuchen, mittels Lohnzurückbehaltung zu einer Befriedigung seines Ersatzanspruches zu gelangen.

Entgegen dem Wortlaut des § 273 BGB, demzufolge der ArbG den gesamten Lohn zurückbehalten könnte, ist es heute h.L., dass der ArbG sein Zurückbehaltungsrecht nur insoweit ausüben darf, als es ihm auch möglich wäre, auf-

Ewald: "Die Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Forderungen", in: BB 54, S.688 ff. (S.690); K a s k e l - D e r s c h, S.177.

1) Vgl. S. 8 der Abhandlung.

2) So z.B. RAG in ARS 32, 297 ff. (301).

zurechnen.¹⁾ Zur Begründung dieser Einschränkung kann man darauf abstellen, dass zwar juristisch zwischen beiden Instituten ein Unterschied besteht - bei der Aufrechnung erlischt der Anspruch in der Höhe des aufgerechneten Betrages, bei der Zurückbehaltung hingegen nicht - praktisch aber nicht, da der ArbN in beiden Fällen seinen Lohn nicht ausgezahlt erhält. Würde man nun ein uneingeschränktes Zurückbehaltungsrecht des ArbGs zulassen, so stünde dem ArbN der notwendige Mindestlohn nicht zur Verfügung. Das aber entspricht nicht dem Sinn und Zweck des Lohnschutzes. Daher muss man, will man dem Zweck dieser Einrichtung gerecht werden, die Zurückbehaltung des Lohnes in gleicher Weise beschränken wie bei der Aufrechnung, mit der Folge, dass das für die Aufrechnung Ausgeführte hier entsprechend gilt; auf diese Weise kommt man ebenfalls zu dem Ergebnis, dass der ArbG grundsätzlich den Lohn des ArbNs nur bis zur Pfändungsgrenze zurückbehalten darf, es sei denn, der Anspruch des ArbGs beruht auf einer unerlaubten Handlung oder auf einer vorsätzlichen Schlechterfüllung des ArbNs. In diesen Fällen darf der ArbG dann von seinem Zurückbehaltungsrecht in vollem Umfange Gebrauch machen.²⁾³⁾

-
- 1) Diese Frage war früher sehr umstritten, und es gab zahlreiche Vertreter der Auffassung, dass eine Zurückbehaltung des Lohnes wegen ihrer rechtlichen Verschiedenheit von der Aufrechnung uneingeschränkt zulässig sei. Seit der Entscheidung des RG vom 26.5.1917 - RGZ 85, 108 ff. - hat sich dann aber immer mehr die Meinung durchgesetzt, dass eine Zurückbehaltung des Lohnes nur in dem gleichen Masse wie die Aufrechnung möglich sei.
- 2) So wie hier Schnorr von Carolsfeld, S.234; Hueck-Nipperdey, S.341; Niskisch, S.375; Dersch, a.a.O., in ARBlattei, Lohnsicherung V, B; Köst, a.a.O., in: BB 54, S.689; Staudinger-Nipperdey - Neumann, § 611 Anm. 235; Kaskel-Dersch, S.178; a.A. Ennecerus - Lehmann auf S.107, der bei

bbc) Eine weitere Möglichkeit des ArbGs, zu einer Befriedigung seiner Ersatzansprüche zu gelangen, ist die L o h n e i n b e h a l t u n g .

Man versteht darunter, dass der ArbG mit dem ArbN vertraglich vereinbart, dass von dem Lohn des ArbNs monatlich ein gewisser Betrag nicht ausbezahlt werden soll. Die auf diese Weise vom ArbG einbehaltenen Beträge können den verschiedensten Zwecken dienen.¹⁾ Im Rahmen dieser Abhandlung ist nur der sogenannte Kautionszweck von Interesse. Der ArbG sammelt in diesem Fall die einbehaltenen Beträge als Kaution, um sich dann, falls der ArbN schadenersatzpflichtig werden sollte, daraus zu befriedigen.²⁾ Die Lohnseinbehaltung geschieht also nicht wie die Aufrechnung oder die Lohnzurückbehaltung zur Befriedigung bereits bestehender Ersatzansprüche, sondern sie dient dazu, den ArbG wegen eventueller zukünftiger Forderungen gegen den ArbN zu sichern.³⁾

vorsätzlicher Schlechterfüllung nur dann eine uneingeschränkte Zurückbehaltung zulässt, wenn die Vertragsverletzung gleichzeitig einen Verstoß gegen §§ 823 ff. darstellt.

2) Die Frage, ob die Zurückbehaltung des Lohnes auch dann unbeschränkt zulässig ist, wenn der Anspruch des ArbGs z.B. auf Herausgabe des vom ArbN entwendeten Werkzeuges geht, kann im Rahmen dieser Abhandlung dahingestellt bleiben, da dieser Anspruch des ArbGs kein Ersatzanspruch wegen Schlechtleistung ist.

1) So kann z.B. der ArbG diese Beträge im Interesse des ArbNs auf ein Sparkonto, in eine Versicherungs- oder eine Pensionskasse einzahlen.

2) Vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.235; H u e c k - N i p p e r d e y, S.342; N i k i s c h, S.376; Staudinger-Nipperdey-N e u m a n n, § 611 Anm.237; D e r s c h Hermann: "Beschränkung vereinbarter Lohneingriffe", in: ARBlattel, Lohnsicherung IV, C, I.

3) Vgl. die in Anm. 2 auf S.89 der Abhandlung angeführte Literatur.

Die Lohneinbehaltung ist grundsätzlich zulässig,¹⁾ jedoch mit der Einschränkung, dass von dem unpfändbaren Teil des Lohnes nichts einbehalten werden darf. Das ist selbst dann der Fall, wenn zwischen ArbG und ArbN eine anders lautende Vereinbarung getroffen wurde; denn Sinn und Zweck des Pfändungsschutzes ist es, dem ArbN auf alle Fälle das, was er zum Leben benötigt, zu sichern. Daher darf nicht nur der Gläubiger des ArbNs seine Ansprüche nicht aus diesem Teil des Lohnes befriedigen, sondern auch der ArbN selbst insoweit nicht berechtigt, Verfügungen zu treffen.²⁾

Die Vereinbarung einer Lohneinbehaltung zur Sicherung von eventuellen Ersatzansprüchen des ArbGs infolge Schlechtleistung des ArbNs ist auch zwischen dem ArbG und einem gewerblichen ArbN zulässig, denn die Beschränkung des § 119a GewO³⁾ richtet sich nur gegen eine Lohneinbehaltung zur Sicherung gegen Vertragsbruch.⁴⁾

Da, wie bereits erwähnt, die Lohneinbehaltung der Erleichterung der Realisierung eventueller Ansprüche

-
- 1) Es sei denn, die Abrede verstösst im Einzelfall gegen die guten Sitten, dann ist sie gem. § 138 BGB nichtig; vgl. N i k i s c h, S.376; D e r s c h, a.a.O., in: ARBlattei, Lohnsicherung IV, C, II, 4, b.
 - 2) Vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.235, der als Begründung anführt, dass der unpfändbare Teil des Lohnes ja auch nicht abgetreten werden dürfe.
 - 3) § 119a GewO bestimmt, dass Lohneinbehaltungen, welche zur Sicherung des Ersatzes eines dem ArbG aus der widerrechtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses erwachsenden Schadens oder einer für diesen Fall verabredeten Strafe ausbedungen werden, bei den einzelnen Lohnzahlungen ein Viertel des fälligen Lohnes, im Gesamtbetrag den Betrag eines durchschnittlichen Wochenlohnes nicht übersteigen dürfen.
 - 4) So auch Landmann-Rohmer - F r ö h l e r, Kommentar zur Gewerbeordnung, 11.Auflage, München und Berlin 1956, § 119a Anm.2a; S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.235.

des ArbGs dient, wird sie in der Praxis vor allem dort vereinbart, wo eine Ersatzpflicht des ArbNs inmitten liegt, so z.B. bei der Verwaltung von Kassen oder Warenlagern durch den ArbN.¹⁾ Sie kann aber auch für jeden anderen Fall vereinbart werden, in dem die Möglichkeit des Eintritts einer Ersatzpflicht des ArbNs infolge Schlechtleistung gross ist.

Tritt nun tatsächlich ein Schadensfall infolge zu vertretener Schlechtleistung des ArbNs ein, so kann der ArbG seine Ersatzforderung gegen die Forderung des ArbNs auf den einbehaltenen Betrag aufrechnen und ist auf diese Weise in der Lage, seinen Anspruch sofort zu realisieren und ist nicht wie bei der reinen Aufrechnung darauf angewiesen, sich nach und nach aus dem pfandungs-freien Lohnbetrag des ArbNs zu befriedigen.

Die Lohneinbehaltung bietet also dem ArbG die Möglichkeit, sich gegen einen zukünftigen Schaden infolge Nichtrealisierbarkeit seiner Ersatzansprüche zu sichern. In der Praxis wird der ArbG diesen Weg allerdings nur dann wählen, wenn die Möglichkeit des Eintritts einer Ersatzpflicht des ArbNs vorhanden ist, denn die Lohneinbehaltung bringt für den ArbG auch Nachteile mit sich, so z.B. erschwerte Buchführung und erhöhten verwaltungstechnischen Aufwand.

bbd) Eine weitere Möglichkeit des ArbGs, sich die Realisierung seiner eventuellen Ersatzansprüche im voraus zu erleichtern, ist die Lohnverwirkungssabrede.²⁾

1) Vgl. Schnorr von Carolsfeld, S.235; Nikisch, S.376.

2) Die hier behandelte Lohnverwirkung ist nicht zu verwechseln mit der Verwirkung des Lohnanspruchs gem. § 242 BGB, wo der an sich bestehende Anspruch nicht

Unter Lohnverwirkungsabrede versteht man die zwischen ArbG und ArbN getroffene Vereinbarung, dass bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die Lohnforderung des ArbNs als verwirkt anzusehen ist.¹⁾ Als eine solche Voraussetzung kann z.B. die Schlechtleistung des ArbNs vereinbart werden.

Die Lohnverwirkungsabrede ist grundsätzlich zulässig.²⁾ Sie verstösst insbesondere auch nicht gegen die Vorschrift des § 4 IV 2 TVG, die bestimmt, dass tarifliche Rechte nicht verwirkt werden können, denn diese Bestimmung richtet sich nur gegen eine Verwirkung der Lohnansprüche durch Zeitablauf, nicht aber gegen die hier behandelte Art der Verwirkung.³⁾ Ihre Grenze findet die Verwirkungsabrede wiederum an den Lohnschutzbestimmungen.⁴⁾

Trifft ein ArbG mit einem ArbN für den Fall der Schlechtleistung eine Verwirkungsabrede, so ist in dem Augenblick, in dem der ArbN schlechtleistet der Lohn in der vereinbarten Höhe verwirkt, ohne Rücksicht darauf, ob dem ArbG ein Schaden gerade in dieser Höhe erwachsen ist, bzw. ob er überhaupt in der Lage ist, einen Schaden nachzuweisen. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d

mehr ausgeübt werden kann, weil seine Geltendmachung z.B. verspätet ist und einen Verstoß gegen Treu und Glauben bedeuten würde.

- 1) Vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.236; H u e c k - N i p p e r d e y, S.344; D e r s c h, a.a.O., in: ARBlattei, Lohnsicherung IV.
- 2) Die Beschränkung der Verwirkungsabrede gem. § 134 GewO ist hier wiederum nicht von Interesse, da dieses Verbot nur für den Fall des Vertragsbruchs besteht.
- 3) A.A. wohl D e r s c h, a.a.O., in: ARBlattei, Lohnsicherung IV, D, II, 3.
- 4) Vgl. die in Anm. 1 auf S. 92 der Abhandlung angeführte Literatur.

bezeichnet daher die Lohnverwirkungsabrede auch sehr treffend als "schematisierten Schadenersatz".¹⁾

Die praktische Durchführung der Lohnverwirkung geschieht derart, dass dann, wenn der ArbN schlechtleistet, der dem ArbN zustehende Lohn um diesen Betrag sogleich automatisch herabgesetzt wird.²⁾

IV. Beweislast

Letztlich ist noch darauf einzugehen, wer die Beweislast trägt, wenn der ArbG wegen Schlechtleistung des ArbNs Schadenersatz von diesem verlangt.

Eine Umkehrung der Beweislast kommt nicht in Betracht, denn es handelt sich hier nicht um die Unmöglichkeit der Leistung, wie § 282 BGB es voraussetzt, sondern um Schlechtleistung.³⁾ Es bleibt daher in diesen Fällen bei der allgemeinen Regel, dass jede Partei beweispflichtig für das Vorliegen der Voraussetzungen der von ihr behaupteten günstigen Normen ist,⁴⁾ mit der Folge,

-
- 1) Vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , S.236; a.A. O e g g , in: RGR Kommentar, § 339 Anm. 1, der hier eine Vertragsstrafe annimmt.
 - 2) So wie hier S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d , S.236, a.A. K ö s t , a.a.O., in BB 54, S.90.
 - 3) Ob die Schlechtleistung verschuldet sein muss oder nicht, damit eine Verwirkung eintritt, hängt von dem Inhalt der einzelnen Abrede ab. In der Regel wird man die Verwirkung nur für den Fall einer zu vertretenden Schlechtleistung vereinbaren. Auf diese Frage ist aber hier nicht näher einzugehen, da sie im Rahmen dieser Abhandlung ohne Bedeutung ist.
 - 4) z.B. RAG in ARS 34, 358 ff. (360).
 - 5) Vgl. R o s e n b e r g L e o , Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 8. Auflage, München und Berlin 1960, S.555.

dass der ArbG, wenn er von dem ArbN Schadenersatz wegen Schlechtleistung erhalten will, grundsätzlich die Schlechtleistung, den dadurch verursachten Schaden und das Verschulden des ArbNs zu beweisen hat, da dies, wie dargelegt, die Voraussetzungen für einen Ersatzanspruch des ArbGs sind.¹⁾

In der Praxis wird allerdings für die Verursachung des Schadens und das Verschulden des ArbNs häufig der Beweis des ersten Anscheins sprechen, so dass in diesen Fällen der ArbN die für ihn günstige Behauptung, dass er den Schaden weder verursacht noch verschuldet hat, beweisen muss.²⁾

Behauptet der ArbN ein Mitverschulden des ArbGs an dem entstandenen Schaden, so ist er, entsprechend der Regel über die Beweislastverteilung, insoweit beweispflichtig. Das gleiche gilt, wenn der ArbN eine Herabsetzung des Umfanges seiner Haftung im Wege des Schadensausgleichs zu erreichen versucht, denn in diesen Fällen haftet - wie dargelegt - primär der ArbN in vollem Umfange, und nur bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen kann ein Schadensausgleich in Betracht gezogen werden. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist vom ArbN zu beweisen.

-
- 1) So wie hier Hueck - Nipperdey, S.211 mit Anm.33; Nikisch, S.270; Grub, a.a.O., in: ARBlattei B, IV; a.A. Below, a.a.O., S.657; Enneccherus - Lehmann, S.229; Raape Leo: "Beweislast bei positiver Vertragsverletzung", in: AcP 147, 217 ff.; LAG Stuttgart, in: AP 51, Nr.147.
 - 2) So auch BGH, in: NJW 59, S.43, sowie wohl auch Schnorr von Carolsfeld, der auf S.309 die Auffassung vertritt, dass der ArbG nur den Schaden in der Einflussphäre des ArbNs dartun muss, dieser aber Momente beizubringen hat, aus denen sich die nicht unwahrscheinliche Möglichkeit ergibt, dass er den Schaden nicht verursacht und nicht verschuldet hat.

C. Lohnminderung

Es ist zu überlegen, ob für den ArbG die Möglichkeit besteht, bei Schlechterfüllung des ArbNs die Lohnforderung zu mindern.

Diese Frage ist vor allem deshalb von Interesse, da - wie dargelegt - ein Ersatzanspruch des ArbGs gegen den ArbN häufig nur sehr schwer realisierbar ist.¹⁾

Wenn es auch für den ArbG sehr erfreulich wäre, wenn er bei Schlechtleistung seines ArbNs statt des Rechts, einen Ersatzanspruch geltend zu machen, die Möglichkeit der Lohnminderung hätte, so ist das dennoch nicht möglich, da eine Lohnminderung mit dem Arbeitsvertragsrecht aus verschiedenen Gründen nicht zu vereinbaren wäre. So hat der Gesetzgeber zum einen für den Kauf- und den Werkvertrag eine Minderung des Gegenanspruchs bei mangelhafter Leistung vorgesehen, für den Dienstvertrag dagegen hat er eine entsprechende Regelung unterlassen.²⁾ Zum anderen hat der Lohn nicht nur die Funktion einer Gegenleistung, sondern er dient vor allem auch der Existenzsicherung des ArbGs.³⁾

Von Lehre und Rechtsprechung ist daher auch die Lohnminderung stets einhellig abgelehnt worden,⁴⁾ mit

1) Vgl. S.84 der Abhandlung.

2) Lediglich in einem ganz speziellen Fall hat der Gesetzgeber die Möglichkeit der Lohnminderung vorgesehen, und zwar in § 628 I 2 BGB; vgl. auch S. 109 der Abhandlung.

3) Vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.308.

4) Vgl. z.B. RAG in ARS 6, 606 ff.; 9, 230 ff.; LAG Stuttgart, in: AP 51, Nr.98; LAG Bremen, in: BB 59, S.994. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.308; H u e c k - N i p p e r d e y, S.215; N i -

der Begründung, dass es für die Bemessung des Lohns nicht von Bedeutung sei, ob der ArbN fehlerhaft oder fehlerfrei erfülle, sondern auch bei Schlechterfüllung grundsätzlich der volle Lohn zu zahlen und der ArbG auf die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches zu beschränken sei.¹⁾

In diesem Zusammenhang ist noch zu erwähnen, dass der ArbG bei Schlechtleistung des ArbNs die Lohnzahlung nicht etwa unter Berufung auf § 320 BGB verweigern kann. Abgesehen von der Frage, ob die §§ 320 ff. BGB überhaupt auf den Arbeitsvertrag angewendet werden können, steht dem ArbG die Einrede aus § 320 BGB nicht zu, weil diese voraussetzen würde, dass der ArbN seiner Arbeitspflicht nicht nachgekommen wäre. Das aber ist hier nicht der Fall, denn wenn ein ArbN schlechtleistet, hat er die Arbeitsleistung erbracht, nur ist diese eben mangelhaft.²⁾

k i s c h, S.267, K a s k e l - D e r s c h, S.156;
P a l m e, a.a.O., in: BlStSozArbR 57, S.28.

- 1) Anders bei einem Akkordlohnvertrag. Dort ist es möglich, vertraglich zu vereinbaren, dass der ArbG Ausschuss nicht bezahlt.
- 2) So wie hier LAG Stuttgart, in: AP 51, Nr.98; S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.308; N i k i s c h, S.267; H u e c k - N i p p e r d e y, S.215; P a l m e, a.a.O., in: BlStSozArbR 57, S.28; a.A. B e l o w, a.a.O., S.651, der der Auffassung ist, dass unter § 320 BGB auch die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages falle und der Tatbestand der mangelhaften Arbeitsleistung zu diesen Fällen gehöre. Daher könne der ArbG bei Schlechterfüllung eine Lohnkürzung im Rahmen der Lohnschutzbestimmungen vornehmen.

D. Entlassung eines schlechtleistenden Arbeitnehmers

Die Schlechterfüllung der Arbeitspflicht kann für den ArbN unter Umständen nicht nur eine Ersatzpflicht, sondern auch eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge haben: d.h. der ArbG hat die Möglichkeit, den ArbN wegen Schlechtleistung zu kündigen.¹⁾

Wenn auch ein ArbG bei dem derzeitigen Mangel an Arbeitskräften nur in den seltensten Fällen von diesem Recht Gebrauch machen wird, so ist im Rahmen dieser Abhandlung doch kurz darauf einzugehen, ob und wann ein ArbG einem schlechterfüllenden ArbN ordentlich und ob und wann er ihm ausserordentlich kündigen kann.

I. Ordentliche Kündigung eines schlecht- leistenden Arbeitnehmers

Es ist heute allgemeine Meinung, dass einem ArbN wegen Schlechtleistung ordentlich - d.h. unter Einhaltung der für den einzelnen Fall erforderlichen Kündi-

1) Wie auf S.18 der Abhandlung dargelegt, finden auf den Arbeitsvertrag unter Umständen die Paragraphen des allgemeinen Teils des Schuldrechts des BGB Anwendung, so dass man daran denken könnte, dass der ArbG bei Schlechtleistung des ArbNs analog § 326 BGB die Möglichkeit hat, vom Vertrag zurückzutreten. Das ist aber nicht der Fall, denn die Kündigungsvorschriften sind *leges speciales* zu der allgemeinen Bestimmung des § 326 BGB; vgl. Staudinger-Nipperdey - Neumann, § 611, Anm.141 mit zahlreichen Literaturangaben.

ungsfrist - gekündigt werden kann.¹⁾ Die Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung sind aber nicht für alle ArbN die gleichen, sondern unterschiedlich, je nachdem ob ein ArbN dem KSchG unterfällt oder nicht.

1. Kündigung eines dem KSchG n i c h t unterfallenden Arbeitnehmers

Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung eines dem KSchG nicht unterfallenden, schlechtleistenden ArbNs sind lediglich die Beachtung der Formalitäten, wie Einhaltung der Kündigungsfrist, Zugang der Kündigungs-erklärung etc.²⁾

Im übrigen kann der ArbG aber - entsprechend dem Grundsatz der Vertragsfreiheit - das Arbeitsverhältnis mit einem schlechtleistenden ArbN jederzeit lösen.

2. Kündigung eines dem KSchG u n t e r - f a l l e n d e n Arbeitnehmers

Anders verhält es sich, wenn ein ArbN unter das KSchG fällt.³⁾ Hier ist für die Wirksamkeit der Kündi-

-
- 1) So bereits RAG in ARS 43, 100 ff.; ferner B e l o w, a.a.O., S.658; B o b r o w s k i Paul: "Kündigung wegen Schlechtleistung", in: DB 55, S.265 ff. (S.266); P a l m e, a.a.O., in: B1StSozArbR 57, S.28; sowie die Rechtsprechung der Gerichte.
- 2) Vgl. dazu ausführlich S c h n o r r v o n C a - r o l s f e l d, S.350 ff.; Bobrowski - G a u l, S.340 ff.; H u e c k - N i p p e r d e y, S.490 ff.; N i k i s c h, S.562 ff.
- 3) Gem. § 1 I KSchG unterfällt ein ArbN dem KSchG, wenn

gung die zusätzliche Voraussetzung erforderlich, dass sie sozial gerechtfertigt ist, § 1 I KSchG.

a) Sozial gerechtfertigt

Das KSchG enthält bekanntlich keine Bestimmung, in der es festlegt, wann eine Kündigung sozial gerechtfertigt ist.¹⁾ Die Rechtsprechung hat daher den Grundsatz herausgearbeitet, dass eine Kündigung dann sozial gerechtfertigt ist, wenn die objektive Eignung des gekündigten ArbNs bei pflichtgemässer Abwägung aller Umstände ausgeschlossen und dadurch die Kündigung unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Betriebes bedingt war.²⁾ Dabei ist gemäss der Rechtsprechung des BAG - im Gegensatz zur fristlosen Kündigung - jeder Umstand als ausreichend anzusehen, der einen verständig urteilenden ArbG zur Kündigung bestimmen kann.³⁾

er länger als 6 Monate ununterbrochen in dem Betrieb oder Unternehmen des ArbGs beschäftigt ist und das 20. Lebensjahr bereits vollendet hat, vorausgesetzt, dass in dem Betrieb in der Regel 5 ArbN beschäftigt sind, § 21 I 2 KSchG.

- 1) § 1 II KSchG enthält lediglich die Bestimmung, wann eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist.
- 2) Vgl. LAG Bremen, in: DB 54, S.156; sowie in: DB 53, S.488; LAG Düsseldorf, in: DB 55, S.436.
- 3) So BAG I, 99 ff.; sowie BAG, in: AP 21, zu § 1 KSchG; Hueck Alfred, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 3. Auflage München und Berlin 1954, § 1 Anm. 33 und 35; LAG Bremen, in: BB 52, S.576; LAG Düsseldorf, in: DB 52, S.763; ArbG Augsburg, in: ARSt XVII, Nr.616; LAG Hamburg, in: ARSt XVIII, Nr.414; a.A. LAG Mannheim, in: BB 52, S.576; sowie LAG Frankfurt, in: DB 52, S.312 und die der Auffassung sind, dass das Gericht die Abwägung der beiderseitigen Interessen vorzunehmen und die gleiche Zumutbarkeitsfrage wie bei der fristlosen Kündigung vorzunehmen habe.

Das ist auch richtig; denn Sinn und Zweck des KSchGs ist es, willkürliche Entlassungen zu unterbinden, nicht aber ist es dazu geschaffen, die Leistungsfähigkeit eines Betriebes zu beeinträchtigen, indem es dem ArbG z.B. untersagt, schlechtleistende ArbN zu entlassen.¹⁾

- b) Wann ist die Kündigung des schlechtleistenden Arbeitnehmers gerechtfertigt?

Der Entlassung eines schlechtleistenden ArbNs hat also eine Interessenabwägung vorauszugehen. Im folgenden ist kurz aufzuzeigen, welche Umstände bei dieser Abwägung eine Rolle spielen können.

So ist z.B. bei dieser Prüfung zu berücksichtigen, ob der ArbG seiner unter Umständen bestehenden Pflicht,²⁾ den ArbN auf seine schlechten Leistungen aufmerksam zu machen - um ihm so die Möglichkeit zu geben, das beanstandete Verhalten zu ändern -, nachgekommen ist. Hat der ArbG eine derartige Abmahnung, obwohl sie erforderlich war,³⁾ nicht vorgenommen, so ist die Kündigung nicht gerechtfertigt, denn dann bedingt das Betriebsinteresse die Entfernung dieses ArbNs noch nicht.

1) So wie hier B e l o w, a.a.O., S.659; P a l m e, a.a.O., in: BlStSozArbR 57, S.29; LAG Bremen, in: DB 52, S.488; LAG Düsseldorf, in: DB 52, S.763.

2) Vgl. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.172, B o b r o w s k i, a.a.O., in: DB 55, S.266.

3) Eine Abmahnung ist nur in den Fällen erforderlich, in denen der ArbN auch die Möglichkeit hat, sein Verhalten zu ändern. Sie ist daher entbehrlich, wenn von vorneherein feststeht, dass der ArbN nicht in der Lage ist, bessere Leistungen zu erbringen, so z.B. wenn er unfähig ist, die an ihn gestellten Anforderungen zu erfüllen. Vgl. P a l m e, a.a.O., in: BlStSozArbR 57, S.29; B e l o w, a.a.O., S.659; B o b r o w s k i, a.a.O., in: DB 55, S.266; sowie LAG Bremen, in: DB 53, S.488.

Fraglich ist, ob die Mahnung eines Arbeitskollegen die des ArbGs oder seines Stellvertreters erübrigt. Das ist zu verneinen, denn die Reaktion des schlechtleistenden ArbNs auf die Ermahnung eines Kollegen wird in den meisten Fällen die sein, dass er denkt, 'was weiss denn der schon', und er wird keine Bemühungen unternehmen, sein Verhalten zu ändern. Daher hat eine Verwarnung, soll sie ihren Zweck erreichen, durch den ArbG oder seinen Stellvertreter zu erfolgen.¹⁾

Die Frage, ob der ArbN die Schlechtleistung zu vertreten hat, spielt bei der Prüfung, ob das Betriebsinteresse seine Entlassung bedingt, nur eine untergeordnete Rolle. Hier kommt es in erster Linie darauf an, ob der betreffende ArbN tatsächlich zur Erfüllung der ihm auf Grund seines Vertrages obliegenden Arbeitspflicht in der Lage ist oder nicht.²⁾ Es kann daher die Entlassung eines ArbNs auch dann erfolgen, wenn seine schlechte Arbeitsleistung lediglich auf Unfähigkeit, Alter oder Krankheit beruht.³⁾

Andererseits ist, sofern ein ArbN infolge Alters oder Krankheit in seinen Leistungen nachlässt, zu seinen Gunsten zu berücksichtigen, wenn er bereits jahrelang im Betrieb beschäftigt ist und stets ordentlich arbeitete.⁴⁾

1) So wie hier B o b r o w s k i, a.a.O., in: DB 55, S.266; a.A. B e l o w, a.a.O., S.659, sowie LAG Bremen in: DB 54, S.156 und in: DB 54, S.381.

2) Vgl. B o b r o w s k i, a.a.O., in: DB 55, S.266; LAG Baden, in: DB 51, S.488; LAG Bremen, in: DB 54, S.260.

3) Vgl. H u e c k Alfred, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 3.Auflage, München 1954, § 1 Anm.34; H e r s c h e l - S t e i n m a n n, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 4.Auflage, Heidelberg 1958, § 1 Anm.38.

4) Z.B. verneinte das LAG Bayern, in: AMBl 55, C, S.136, die Möglichkeit der Kündigung bei einem ArbN, der

Bei der Abwägung, ob das Betriebsinteresse die Entlassung eines schlechtleistenden ArbNs erfordert, wiegt der Umstand, dass der ArbN vorsätzlich oder grob fahrlässig schlechtleistete stärker zu seinen Ungunsten, als wenn z.B. eine gefahrgeneigte Arbeit von ihm leicht fahrlässig schlechterfüllt wurde.¹⁾

Überhaupt reichen im allgemeinen einmalige, kleinere Verfehlungen nicht aus, um eine Kündigung zu rechtfertigen;²⁾ anders verhält es sich, wenn dem ArbN wiederholte Schlechtleistung nachgewiesen werden kann.³⁾ Ferner darf es sich bei der Fehlleistung nicht um eine Geringfügigkeit handeln, sondern sie muss eine wirkliche Abweichung von der geschuldeten Arbeitsleistung darstellen.⁴⁾

Ein gekündigter ArbN kann sich nicht darauf berufen, dass ein Mitarbeiter ebenso schlecht gearbeitet habe wie er, diesem aber nicht gekündigt worden sei, denn da der ArbG a l l e Umstände abzuwägen hat, ehe er eine Kündigung ausspricht, kann er in dem einen Fall zu dem Ergebnis gelangt sein, dass das Betriebsinteresse die Entfernung des ArbNs bedingt, in dem anderen dagegen nicht.⁵⁾

sieben Jahre treu gearbeitet hatte und dann in seiner Leistung wegen Krankheit nachliess.

- 1) Vgl. ArbG Heidelberg, in: ARSt XXIII, Nr. 392; sowie ArbG Hamburg, in: ARSt XXIV, Nr. 142.
- 2) Vgl. B e l o w , a.a.O., S. 659; P a l m e , a.a.O., in: BlStSozArbR 57, S. 29; LAG Bremen, in: DB 52, S. 488; LAG Düsseldorf, in: DB 52, S. 763; ArbG Kaiserslautern, in: ARSt XXIII, Nr. 40; ArbG Heidelberg, in: ARSt XXIII, Nr. 392.
- 3) Vgl. H u e c k , § 1 Anm. 35; ArbG Krefeld, in: ARSt XXI, Nr. 294.
- 4) Vgl. LAG Bayern, in: ARSt XVII, Nr. 415
- 5) Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung steht dem nicht entgegen, denn eine gleiche Behandlung ist begrifflich nur dort möglich, wo mehrere vergleichbare Fälle

Beruht sich ein ArbN darauf, dass dem ArbG seine mangelhafte Arbeitsleistung seit längerer Zeit bekannt gewesen sei und dass er dennoch weiterbeschäftigt worden wäre, so hat der ArbG sein Kündigungsrecht insoweit im allgemeinen¹⁾ verwirkt, es sei denn, es sind neue Umstände hinzugetreten, die die Entfernung dieses ArbNs bedingen.²⁾

Kommt der ArbG zu dem Ergebnis, dass der ArbN auf Grund seiner Schlechtleistung nicht mehr an seinem Arbeitsplatz beschäftigt werden kann, so ist der ArbG im allgemeinen³⁾ auf Grund seiner Fürsorgepflicht verpflichtet, die Beschäftigung dieses ArbNs an einer anderen Stelle des Betriebes zu erwägen.⁴⁾ Erst wenn sich ergibt, dass eine anderweitige Unterbringung dieses ArbNs

vorliegen und das ist bei einer Einzelkündigung aus individuellen Gründen nicht der Fall; vgl. dazu ausführlich H u e c k Götz, Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht, München und Berlin 1958.

- 1) Anders verhält es sich z.B., wenn der ArbG eine Stenotypistin einstellte, von der er wusste, dass sie keine perfekte Kraft ist, aber annahm, dass sie nach einiger Zeit sich einarbeiten würde. Zeigt eine derartige ArbNin nach längerer Zeit immer noch die gleichen Fehlleistungen, so kann sie entlassen werden, obwohl ihre mangelhafte Leistung von Anfang an bekannt war; vgl. LAG Baden-Württemberg, in: ARSt XX Nr.582.
- 2) Vgl. z.B. LAG Düsseldorf, in: DB 53, S.888; DB 55, S.536; und DB 55, S.900.
- 3) Diese Verpflichtung besteht z.B. dort nicht, wo von vorneherein feststeht, dass der ArbN auch nicht in der Lage ist, eine andere - leichtere - Arbeit zu-friedenstellend zu verrichten.
- 4) So wie hier B o b r o w s k i, a.a.O., in: DB 55, S.266; N i k i s c h, S.622; BAG 3, 155 ff.; LAG Düsseldorf, in: DB 55, S.196; a.A. S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d, S.373, der der Ansicht ist, dass der ArbG keine derartigen Überlegungen anzustellen habe, da dies zu einer Einmischung der Gerichte in die Betriebsverwaltung führen würde.

nicht möglich ist, bzw. er an einem anderen Arbeitsplatz genauso schlecht arbeitet, kann der ArbG die Bedingtheit der Kündigung im Betriebsinteresse bejahen. Findet sich keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit für den ArbN, so ist die Kündigung selbst dann zulässig, wenn die berufliche Zukunft des ArbNs wegen Alters, Krankheit oder unzureichender Leistungsfähigkeit gefährdet ist, denn den Betrieben obliegen auch im Rahmen des Kündigungsschutzrechts keine wohlfahrtspflegerischen Aufgaben.¹⁾

Letztlich ist noch zu erwähnen, dass die Umstände, die die Entfernung des ArbNs bedingen, zum Zeitpunkt der Kündigung vorliegen müssen, er ist der massgebende Augenblick.²⁾

II. Ausserordentliche Kündigung

Ein ArbG kann einem schlechtarbeitenden ArbN auch ohne Einhaltung der vorgeschriebenen Frist d.h. sofort kündigen, wenn die Schlechtleistung einen wichtigen Grund darstellt.³⁾

Dabei ist aber darauf zu achten, dass die fristlose Entlassung eines gewerblichen ArbNs aus wichtigem Grund nur dann möglich ist, wenn das Arbeitsverhältnis mit dem fraglichen ArbN auf mindestens vier Wochen abgeschlossen

1) Vgl. LAG Bremen, in: DB 53, S.488.

2) Der gekündigte ArbN kann sich daher auch nicht darauf berufen, dass er nach Ausspruch der Kündigung ordentliche Arbeit geleistet habe; vgl. z.B. RAG, in: ARS 20, 94 ff. (96); LAG Hamm in: BB 55, S. 97.

3) Vgl. § 626 BGB; § 70 HGB; § 124a GewO.

oder aber mit ihm eine längere als 14-tägige Kündigungsfrist vereinbart wurde.¹⁾ Ist das nicht der Fall, so kann diesem ArbN nicht wegen Schlechtleistung gekündigt werden, denn er kann nur auf Grund der in § 123 GewO erschöpfend²⁾ aufgezählten Gründe fristlos entlassen werden,³⁾ und in diesem Katalog ist die Schlechterfüllung nicht enthalten.⁴⁾

Ist daher das Arbeitsverhältnis mit einem gewerblichen ArbN - wie es in der Regel der Fall ist - unbefristet eingegangen, und wurde mit dem ArbN keine längere als 14-tägige Kündigungsfrist vereinbart, so kann dieser ArbN - sofern keine abweichende Regelung besteht - wegen Schlechtleistung nicht fristlos entlassen werden.

1. Wichtiger Grund

Die Fehlleistung eines ArbNs ist dann ein wichtiger Grund, wenn dem ArbG unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis mit dem schlecht arbeitenden ArbN fortzusetzen, und zwar auch nicht für die Dauer der vorgeschriebenen Kündigungsfrist.⁵⁾

Der ArbG hat also, bevor er einem schlechterfüllenden ArbN ausserordentlich kündigt, eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei der entscheidende Punkt die Frage der Zumutbarkeit ist.

1) Vgl. § 124a GewO.

2) Vgl. Landmann-Rohmer - Fr ö h l e r, § 123 Anm.2c.

3) Es sei denn, es wurde in dem TV, der BV oder dem Arbeitsvertrag eine abweichende Regelung getroffen.

4) Vgl. § 123 GewO.

5) Vgl. Urteil des BAG vom 3.11.55, in: AP Nr.4 zu § 626 BGB = BAG 2, 214.

2. Wann ist die Weiterbeschäftigung eines schlechtleistenden ArbNs unzumutbar?

Im folgenden ist kurz zu erwähnen, welche Gesichtspunkte bei der Abwägung, ob die Weiterbeschäftigung eines schlechtleistenden ArbNs unzumutbar ist oder nicht, von Bedeutung sein können.

Ebenso wie bei der ordentlichen Kündigung ist auch bei der fristlosen Entlassung ein Verschulden des schlechtleistenden ArbNs nicht zwingende Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung.¹⁾ Leistet aber ein ArbN vorwiegend schlechte Arbeit, so kann diese Tatsache für sich allein eine sofortige Entlassung dieses ArbNs rechtfertigen.²⁾ Bei lediglich grobfahrlässigem Verhalten eines ArbNs ist das schon zweifelhafter,³⁾ vor allem wenn es sich um die Ausführung einer gefahrgeneigten Arbeit handelte.⁴⁾

Unabhängig von einem Verschulden des ArbNs kann z.B. seine Weiterbeschäftigung dann unzumutbar sein, wenn durch die Fehlleistung des ArbNs eine erhebliche Schädigung des Betriebes eingetreten ist⁵⁾ oder infolge der schlechten Arbeitsweise eines ArbNs andere ArbN an der

1) Vgl. BAG 2, 214 ff.; LAG Düsseldorf, in: BB 49, S.419; LAG Bayern, in: AMBl 56, C, S.82.

2) Vgl. LAG Bayern, in: ARSt XVIII, Nr.641.

3) a.A. ArbG Pirmasens, in: ARSt XVIII, Nr.175, dass eine sofortige Kündigung gerechtfertigt ist, wenn die mangelhafte Arbeitsleistung auf besonders leichtfertiges Verhalten des ArbNs beruht.

4) Hier wird man für die Abwägung, ob die Weiterbeschäftigung für die Dauer der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht, die gleichen Umstände zu berücksichtigen haben wie bei der Frage, ob Schadensausgleich oder nicht. Vgl. insoweit S. 71 der Abhandlung.

5) Vgl. LAG Düsseldorf, in: BB 49, S.419; LAG Bayern, in: AMBl 56, C, S.82.

ordentlichen Erfüllung gehindert werden.¹⁾ Ferner kann eine ausserordentliche Kündigung gerechtfertigt sein, wenn die Schlechtleistung des ArbNs so erheblich ist, dass man ihm die Fähigkeiten zur Erledigung der ihm übertragenen Aufgaben absprechen muss oder aber wenn ein völliges Versagen des ArbNs vorliegt.²⁾ Die Weiterbeschäftigung eines ArbNs kann auch dann unzumutbar sein, wenn das Missverhältnis zwischen der angenommenen Stellung und der erbrachten Leistung so auffällig ist, dass die erbrachte Leistung schon nahezu als Nichterfüllung bezeichnet werden kann.³⁾

Wenn die Schlechtleistung des ArbNs auf einem Grund beruht, den er nicht zu vertreten hat, wird aber im allgemeinen eine sofortige Kündigung nur gerechtfertigt sein, wenn die Fehlleistung überraschend auftritt.⁴⁾ Erbrachte dagegen der ArbN schon seit einiger Zeit mangelhafte Leistungen, wird in der Regel⁵⁾ einem ArbG zuzumuten sein, den Ablauf der Kündigungsfrist abzuwarten.⁶⁾

Die vorherige Verwarnung eines schlechtleistenden ArbNs erübrigt sich als Voraussetzung für eine fristlose Kündigung überall dort, wo durch die sofortige Entfer-

1) So wenn z.B. ein ArbN, der an einem Fließband beschäftigt ist, zu langsam oder unordentlich arbeitet.

2) Vgl. ArbG Rosenheim, in: ARSt XVII, Nr.533; ArbG Pirmasens, in: ARSt XVIII, Nr.175.

3) Vgl. N i k i s c h, S.271, ähnlich LAG Düsseldorf, in: DB 54, S.764.

4) So z.B. wenn der ArbN infolge einer Krankheit nicht mehr zur Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung in der Lage ist.

5) ArbG Weiden bejahte z.B. in: ARSt, Nr.61, die fristlose Entlassung eines leitenden Ingenieurs, der, obwohl er mehrmals ermahnt worden war, weiterhin mangelhaft leistete.

6) So LAG Baden, in: DB 51, S.488, aus dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens; ArbG Kiel, in: ARSt XXIII, Nr.154, aus dem Gesichtspunkt des Betriebsrisikos.

nung des ArbNs ein weiterer Schaden verhindert werden soll, oder aber dort, wo eine Verwarnung offensichtlich zwecklos wäre.¹⁾ In den übrigen Fällen hat aber auch der fristlosen Entlassung eines schlechtleistenden ArbNs eine Abmahnung durch den ArbG vorauszugehen.²⁾

Auch die Länge der Kündigungsfrist kann eine Rolle spielen bei der Frage, ob fristlose Kündigung oder nicht. Es kann nämlich dem ArbG durchaus zuzumuten sein, einen ArbN mit kurzer Kündigungsfrist bis zum Ablauf dieser Frist weiterzubeschäftigen, nicht dagegen einen mit weit längerer Frist.

Ferner ist der ArbG auch im Falle der ausserordentlichen Kündigung verpflichtet, die Beschäftigungsmöglichkeit des schlechtleistenden ArbNs an einem anderen Arbeitsplatz zu prüfen.³⁾ Besteht eine derartige Möglichkeit, so ist es dem ArbG zuzumuten, den ArbN zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist weiterzubeschäftigen.

Letztlich ist noch darauf hinzuweisen, dass bei Vorliegen mehrerer Vertragsverletzungen eines ArbNs nicht nur zu prüfen ist, ob jede für sich, sondern auch ob alle zusammen in ihrer Gesamtheit die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen.⁴⁾

1) Vgl. Anm. 3 auf S. 100 der Abhandlung.

2) Die Auffassung, dass für die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung eine schriftliche Abmahnung notwendig sei - so B o b r o w s k i, a.a.O., in: DB 55, S. 267, und LAG München, in: BB 54, S. 345 -, ist abzulehnen, denn wenn ein ArbN auf die persönliche Aufforderung seines ArbGs oder dessen Stellvertreters nicht reagierte, so wird er sich auch nicht ändern, wenn er schriftlich aufgefordert wird, seine Leistung zu verbessern.

3) So auch B o b r o w s k i, a.a.O., in: DB 55, S. 267.

4) Vgl. BAG, in: AP Nr. 3 zu § 626 BGB mit Anm. 6 von S c h n o r r v o n C a r o l s f e l d; ArbG Augsburg, in: ARSt XXII, Nr. 603; sowie H u e c k - N i p p e r d e y, S. 532.

III. Auswirkungen der Kündigung auf die Lohnzahlung

Bei der ordentlichen Kündigung ergeben sich hinsichtlich der Lohnzahlung keinerlei Besonderheiten, d.h. der Lohn ist bis zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu zahlen.

Bei der ausserordentlichen Kündigung ist der Lohn grundsätzlich so lange zu zahlen, als auch die Arbeitsleistung erbracht wurde.¹⁾ Ist aber die vom ArbN erbrachte mangelhafte Arbeitsleistung für den ArbG ohne Interesse, so kann der ArbG in den Fällen, in denen der ArbN die Schlechterfüllung zu vertreten hat,²⁾ den Lohn insoweit mindern.³⁾⁴⁾

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich sagen: Der ArbG hat die Möglichkeit, dem ArbN wegen Schlechtleistung sowohl ordentlich als auch ausserordentlich zu kündigen.

-
- 1) Voraussempfänger Lohn ist vom ArbN zurückzuzahlen, und zwar wenn sein vertragswidriges Verhalten unverschuldet war gem. §§ 812 I 2, 818 BGB und wenn es verschuldet war gem. § 628 I 3 BGB, der auf § 347 BGB verweist.
 - 2) Vertragswidriges Verhalten bedeutet in § 628 I BGB zu vertreten müssendes vertragswidriges Verhalten, vgl. Erman - K ü c h e n h o f f, § 628 Anm.3c.
 - 3) Dieser im Gesetz vorgesehene Fall ist der einzige, in dem der Lohn eines Zeitlohnarbeiters gemindert werden kann, vgl. auch S. 95 der Abhandlung.
 - 4) Wurde der Lohn bereits im voraus gezahlt, so hat der ArbN dem ArbG entsprechend mehr zurückzuzahlen.

Grundsätzlich besteht dieses Recht des ArbGs neben seinem Anspruch auf Schadenersatz. Aber in der Praxis wird es des öfteren so sein, dass der Ersatzanspruch des ArbGs an der nicht genauen Feststellbarkeit des Schadens und der damit verbundenen Beweisschwierigkeit scheitert oder aber der ArbN die Schlechtleistung nicht zu vertreten hat. In diesen Fällen ist dann die Kündigung häufig das alleinige Mittel, mit dem der ArbG tatsächlich gegen seinen schlechtleistenden ArbN vorgehen kann, denn für die Kündigung ist - wie gesehen - weder ein Schaden des ArbGs noch ein Verschulden des ArbNs Voraussetzung.

Hat der ArbN die Schlechterfüllung zu vertreten, dann besteht das Recht des ArbGs, dem ArbN zu kündigen - wie bereits erwähnt -, neben dem Recht des ArbGs auf Schadenersatz, denn die Kündigung wirkt stets nur ex nunc und dient dazu, den ArbG in der Zukunft zu schützen; der Ersatzanspruch dagegen dient zur Wiedergutmachung des bereits entstandenen Schadens.

S c h l u s s

Abschliessend ist zu sagen, dass die für das bürgerliche Recht entwickelte Form der Leistungsstörung, die Schlechterfüllung, in dem Bereich des Arbeitsvertragsrechts durch den ArbN in vielerlei tatsächlichen Varianten auftreten und zwei verschiedene Rechtsfolgen auslösen kann, und zwar zum einen eine Schadenersatzforderung des ArbGs gegenüber dem ArbN und zum anderen eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem ArbN durch den ArbG.

Die Schlechtleistung eines ArbNs löst also grundsätzlich die gleichen Folgen im Verhältnis zum ArbG aus wie die Schlechterfüllung eines Schuldners gegenüber einem Gläubiger aus einem bürgerlich-rechtlichen Vertrag, aber mit der Einschränkung, dass für den Bereich des Schadenersatzrechts infolge der unterschiedlichen Stellung der Vertragspartner zur Vermeidung von Härtefällen auf Seiten des ArbNs einige vom bürgerlichen Recht abweichende Lösungen des Einzelfalles möglich sind.

So sorgt für den Bereich des Schadenersatzrechts das Institut des Schadensausgleichs dafür, dass der schlechtleistende ArbN nicht in unbilligem Masse zu Ersatzleistungen durch den ArbN herangezogen werden kann. Hinsichtlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden Härtefälle auf der Arbeitnehmerseite bei der ausserordentlichen Kündigung dadurch vermieden, dass an die Voraussetzungen derselben besonders hohe Anforderungen geknüpft sind und bei der ordentlichen Kündigung in der Vielzahl der Fälle der Kündigungsschutz regelnd eingreift.

Die Tatsache, dass ein ArbG einen Ersatzanspruch gegen einen schlechtleistenden ArbN häufig nicht wirksam geltend machen oder durchsetzen kann, ist deshalb nicht unbillig, weil ein ArbG auf Grund seiner Unternehmerstellung mit einem solchen Ereignis rechnen muss und es in seine betrieblichen Aufwendungen einzukalkulieren hat. Ein solcher auf Grund einer Schlechtleistung eines ArbNs eintretender nicht deckbarer Schaden ist ein typischer unter das Betriebsrisiko eines ArbGs fallender Posten. Im übrigen hat der ArbG in der Vielzahl der Fälle die Möglichkeit, sich durch Kündigung des schlechtleistenden ArbNs für die Zukunft gegen derartige Schäden zu schützen. Kann der ArbG den mangelhaft arbeitenden ArbN auf Grund des Kündigungsschutzes nicht entlassen, so kann der ArbG mit einer Versetzung des betreffenden ArbNs an einen anderen Arbeitsplatz künftiger Schadensentstehung wirksam vorbeugen.

Man kann daher wohl sagen, dass das derzeitige Arbeitsvertragsrecht die Möglichkeiten enthält, bei Schlechtleistung eines ArbNs die für den einzelnen Fall für beide Vertragsteile billige und gerechte Lösung zu finden.

L e b e n s l a u f

Am 28.12.1933 wurde ich in Berlin-Dahlem als Tochter des Dipl.-Ing. Adolf Thewalt und seiner Frau Cäcilie, geb. Walter, geboren.

Ostern 1940 wurde ich in die 22.Volksschule in Berlin-Siemensstadt eingeschult. Im Herbst 1943 wurde ich nach Nassau/Lahn evakuiert und ging dort in die 4.Klasse der Volksschule. Im Herbst 1944 kehrte ich nach Berlin zurück, wo ich zunächst behelfsmässig die Volksschule, dann ab Winter 1945 die Oberschule Siemensstadt und ab Herbst 1947 die Sophie-Charlotte-Schule in Charlottenburg besuchte. Ab Ostern 1951 ging ich auf das Hölderlin-Gymnasium in Stuttgart, wo ich am 18.2.1953 mein Abitur machte.

Von Mai 1953 bis August 1956 studierte ich an der Friedrich-Alexander-Universität in Erlangen und an der Ludwig-Maximilians-Universität in München Jura. Am 12.12.1956 bestand ich mein Referendarexamen an der Friedrich-Alexander-Universität mit der Note 4,28.

Seit 1.2.1957 bin ich als Referendar im Vorbereitungsdienst tätig.

GEDRUCKT BEI LUDWIG MÜLLER ERLANGEN